

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

DAYANY CARLA GIACOMINI

TUTELA PROVISÓRIA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE:
aplicabilidade e questões controvertidas

Florianópolis (SC)

2016

DAYANY CARLA GIACOMINI

TUTELA PROVISÓRIA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE:
aplicabilidade e questões controvertidas

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de
Graduação em Direito da Universidade Federal de
Santa Catarina, como requisito à obtenção do título
de Bacharel em Direito.

Prof. MSc. Marcus Vinícius Motter Borges
Orientador

Florianópolis (SC)

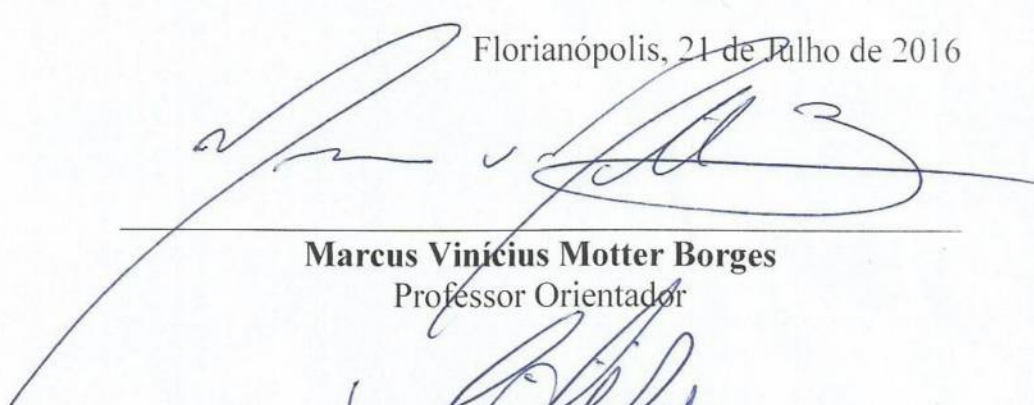
2016

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

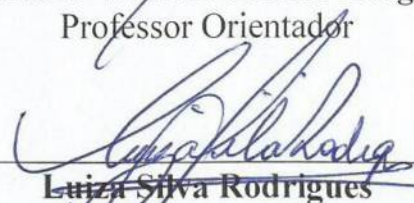
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**Tutela provisória requerida em caráter antecedente: aplicabilidade e questões controvertidas.**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Dayany Carla Giacomini**, defendido em **21/07/2016** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (Dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

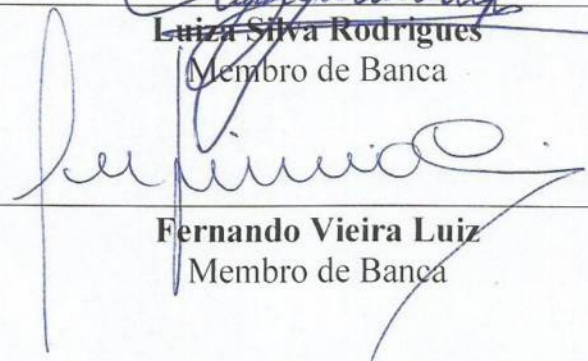
Florianópolis, 21 de Julho de 2016



Marcus Vinícius Motter Borges
Professor Orientador



Luiza Silva Rodrigues
Membro de Banca



Fernando Vieira Luiz
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): **Dayany Carla Giacomini**

RG: 5.795.953

CPF: 087.891.239-80

Matrícula: **12101398**

Título do TCC: **Tutela provisória requerida em caráter antecedente: aplicabilidade e questões controvertidas.**

Orientador(a): **Marcus Vinícius Motter Borges**

Eu, **Dayany Carla Giacomini**, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, 21 de Julho de 2016.

Dayany Carla Giacomini

AGRADECIMENTOS

À minha mãezinha, meu maior orgulho, que tanto lutou para eu chegar até aqui. Ao meu pai pela esperança que depositou em mim. À minha irmã por ser meu exemplo e pela amizade e paciência desde o primeiro dia que vim morar em Florianópolis. Família, sem seu amor e confiança nada disso seria possível.

Ao meu namorado que compartilhou comigo esse momento, aliviando as pressões sempre me fazendo rir.

À Letícia Pierosan por ter me dado a honra de sua companhia nos três primeiros semestres de faculdade, agora me iluminando lá de cima.

Aos amigos que a UFSC me proporcionou, em especial à Aluana Chavegatto, Guilherme Winck e Juliana Machado por estarem do meu lado sempre que precisei.

Aos profissionais com os quais trabalhei durante a faculdade, com destaque para o Desembargador Lédio Rosa de Andrade e sua equipe pelas primeiras lições sobre processo civil e por me inspirarem a seguir no direito.

Ao meu professor orientador, MSc. Marcus Vinícius Motter Borges, pelo seu exemplo acadêmico e por ter aceitado me orientar nesse estudo.

Aos demais professores pela paciência em mostrar o caminho que só começou. Aos servidores e terceirizados pela dedicação. À UFSC pela oportunidade.

RESUMO

Busca-se com o presente trabalho discutir a aplicabilidade e os problemas envolvendo o requerimento em caráter antecedente das tutelas provisórias, novo instituto inserido na normativa processual pelo CPC/15. Em um primeiro momento será realizada uma retrospectiva histórica quanto ao surgimento das primeiras formas de tutelas provisórias, desde o direito romano até a sua implementação no direito brasileiro. Em seguida serão analisados os conceitos e as problemáticas envolvendo a nova classificação pelo CPC/15 ao unificar a tutela cautelar e a antecipada em tutela de urgência e ao institucionalizar a tutela da evidência. Outrossim, destacam-se as incompreensões legislativas envolvendo o termo provisória como gênero de tutela cautelar. Em um segundo momento analisa-se o novo procedimento para requerimento das tutelas, o caráter antecedente, examinando todo o seu regramento, tanto na antecipação quanto na cautelar. Delineado o contexto em que se insere o presente estudo, passa-se à análise da aplicabilidade deste novo procedimento e das problemáticas que o permeiam. Concede-se especial atenção ao instituto da estabilização da tutela, inserido no bojo do processo civil brasileiro tendo como influência o *référé* francês e o *provvisori d'urgenza* italiano. Destacam-se as incompreensões doutrinárias envolvendo a necessidade de impugnação através de recurso para obstar a estabilização e desvenda-se a ideia de insegurança jurídica que permeia a ausência da coisa julgada deste instituto. Analisa-se a possibilidade de utilização do caráter antecedente além das hipóteses expressamente previstas em lei. Primeiramente, quando à tutela da evidência. E em segundo lugar, em procedimentos além do processo de conhecimento, quais sejam os recursos, a execução e os procedimentos especiais. Cumpridos os objetivos, conclui-se que, visando à efetividade do processo, qualquer forma de impugnação é apta a obstar a estabilização. Ainda, que a ausência de coisa julgada não acarreta segurança jurídica, uma vez que as próprias partes dispõem de seu direito de buscar a cognição definitiva. Entende-se possível a aplicabilidade do caráter antecedente à tutela da evidência e também nos demais procedimentos que não o processo de conhecimento. Dessa forma, a medida criada deve ser adaptável a várias situações que dela necessitarem para alcançar a efetividade.

Palavras-chave: Processo civil. Tutelas provisórias. Código de Processo Civil de 2015. Caráter antecedente. Estabilização da tutela. Aplicabilidade procedimental. Eficácia.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 QUESTÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE A TUTELA PROVISÓRIA	10
1.1 Esboço histórico.....	10
1.1.1 <i>Primeiras tutelas provisórias no direito brasileiro</i>	<i>12</i>
1.1.2 <i>Contextualização: CPC/73 e novidades do CPC/15.....</i>	<i>13</i>
1.2 Conceito e dimensões da tutela provisória.....	16
1.3 Espécies de tutela provisória: urgência versus evidência	21
1.4 Natureza da tutela provisória de urgência: cautelar versus antecipada	25
1.5 Procedimento e formas de requerimento das tutelas de urgência	30
2 A TUTELA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE	31
2.1 Conceito de tutela antecedente.....	31
2.2 Procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente.....	32
2.3 Procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente	37
3 QUESTÕES CONTROVERTIDAS QUANTO À APLICAÇÃO DA TUTELA EM CARÁTER ANTECEDENTE.....	44
3.1 A possibilidade de requerimento da tutela de evidência em caráter antecedente...44	44
3.1.1 <i>Aspectos gerais da tutela da evidência</i>	<i>44</i>
3.1.2 <i>Hipóteses de aplicação da tutela da evidência</i>	<i>46</i>
3.1.3 <i>Possibilidade de requerer tutela da evidência em caráter antecedente</i>	<i>51</i>
3.2 Aplicabilidade e controvérsias acerca da estabilização dos efeitos da tutela	54
3.2.1 <i>Breve conceituação e delimitação da estabilização de tutela no CPC/15.....</i>	<i>54</i>
3.2.2 <i>Necessidade de recurso.....</i>	<i>57</i>
3.2.3 <i>Necessidade de aditamento</i>	<i>60</i>
3.2.4 <i>Ausência de coisa julgada e a segurança jurídica</i>	<i>61</i>
3.2.5 <i>(In)Possibilidade de estabilização da tutela na cautelar, na evidência e no pedido de caráter incidental</i>	<i>66</i>
3.3 Aplicabilidade da tutela requerida em caráter antecedente para além do processo de conhecimento.....	68
3.3.1 <i>Aplicabilidade nos recursos</i>	<i>68</i>
3.3.2 <i>Aplicabilidade no processo de execução</i>	<i>73</i>
3.3.3 <i>Aplicabilidade nos procedimentos especiais</i>	<i>76</i>

CONCLUSÃO.....	80
REFERÊNCIAS	86

INTRODUÇÃO

A finalidade precípua do Processo Civil foi e ainda é servir à resolução de conflitos, aplicando o direito material de forma simples e efetiva. Entretanto, nem sempre o resultado alcançado pelos institutos processuais é este, devendo eles serem aprimorados ou extirpados da sistemática processual. Foi pra isso que um novo Código de Processo Civil foi elaborado. A Comissão de Juristas responsável pelo Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil deixou claro na exposição de motivos quais foram os objetivos que permearam o estudo, entre eles simplificar, reduzindo a complexidade dos sistemas e buscar atingir o melhor rendimento possível a cada demanda. O presente estudo se faz necessário e atual para pensar com os operadores do direito essa nova sistemática processual e buscar soluções para os pontos obscuros da lei.

A Constituição Federal prevê como um dos princípios basilares da ordem jurídica a inafastabilidade da jurisdição, a qual representa o direito do cidadão de buscar o Poder Judiciário a fim de obter uma justa prestação jurisdicional. No entanto, esse direito por si só demonstra-se deficiente no sistema atual, devendo ser implementadas medidas a fim de garantir-lhe utilidade. A sociedade de hoje é completamente diferente de anos atrás. Um Código de Processo Civil elaborado em 1973 mostra-se ineficiente nos dias atuais.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, pela qual se inseriu diversas garantias ao cidadão, a população tomou maior consciência de seus direitos e passou a cobrá-los no judiciário. O cidadão consciente, então, de sua garantia constitucional de acesso à justiça passou a buscar o judiciário num volume muito maior. Assim, a quantidade de demandas aumentou não apenas em questão quantitativa, mas também qualitativa. Não houve, entretanto, um acompanhamento estrutural para receber essas novas demandas e o processo acabava por não atingir sua finalidade de justiça eficiente.

Nesse viés, o Código Buzaid de 1973 demonstrou-se nos últimos anos bastante ineficaz às demandas atuais. Em muito porque àquela época o número de demandas era significativamente inferior ao atual. Mas não só. A existência das lides de massa, a falta de uma unidade nas decisões judiciais, a era digital dos processos eram problemas a serem enfrentados. Todos eles foram bastante discutidos neste Projeto de Novo Código de Processo Civil, mas principalmente foram debatidos e criados mecanismos para enfrentar a demasiada demora na entrega da tutela jurisdicional.

A tutela provisória, objeto do presente estudo, surgiu como um meio imediato e eficiente de garantir o bem da vida e evitar os males do tempo no processo civil. O Processo Civil brasileiro, conhecido pela sua morosidade, logo inseriu este instituto em seu sistema, o qual muito bem se adaptou. Assim, a demora na entrega jurisdicional era amenizada pelos provimentos urgentes. Desde 1939 quando da edição do primeiro Código de Processo Civil já existia a previsão de concessão de tutelas provisórias, mais especificamente de tutelas cautelares. Tal previsão foi repetida em 1973, com alterações, e somente em 1994 foi acrescentada à normativa processual a tutela antecipada generalizada, aplicável a todo e qualquer processo.

No entanto, ainda existiam detalhes a serem reparados. Foi essa a intenção da lei 13.105 de 2015, mais especificamente unificar em um único instituto chamado tutela de urgência o procedimento da tutela antecipada com o da tutela cautelar, bem como instituir a tutela da evidência, antes prevista pelo CPC/73 em hipótese restrita dentro da tutela antecipada, e criar mecanismos para ter ainda mais rapidez na resposta jurisdicional. Enquanto as primeiras têm como cerne o perigo de dano em face da demora, a segunda tem a evidência em si mesma considerada, isto é, a grande probabilidade de vitória na pretensão final. Institucionalizar a tutela da evidência no processo civil brasileiro é um grande passo à frente. Percebeu-se que não apenas as demandas urgentes sofriam com a demora na resolução da lide como também aquelas em que o autor conseguia evidenciar seu direito através de provas concretas.

Ainda, o CPC/15 trouxe a possibilidade de requerimento das tutelas de urgência antes do requerimento da tutela final. As partes poderão pleitear a concessão da tutela cautelar, bem como da tutela antecipada em caráter antecedente, através de petição mais simples que demonstre apenas os pressupostos exigidos para a sua concessão: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Especificamente quanto à tutela antecipada requerida em caráter antecedente o legislador conferiu a possibilidade de estabilização dos efeitos da tutela concedida. Inspirado no *référé* francês e no *provvedimenti d'urgenza* italiano o legislador importou a noção de estabilização da tutela quando as partes contentarem-se no plano fático com a tutela sumária concedida. Há a possibilidade, então, de encerramento do processo apenas com cognição sumária e sem trânsito em julgado da decisão.

Um instituto de grande importância no processo e bastante utilizado merece atenção quando alterado para evitar equívocos na sua aplicação. Pensando nisso, o presente estudo demonstra-se importante para entender a viabilidade dessas inovações. Será feita uma

interpretação sistemática da normativa processual para chegar ao melhor alcance da efetividade jurisdicional.

Primeiramente faz-se necessária uma exposição histórica e conceitual das tutelas provisórias, com concentração do seu desenvolvimento no sistema brasileiro. Também serão analisadas as mudanças trazidas pelo CPC/15 com relação ao CPC/73. Após, será feita uma análise quanto aos procedimentos antecedentes das tutelas de urgência. Por fim, as controvérsias envolvendo as novidades com relação ao caráter antecedente serão debatidas, como a problemática compreendendo a estabilização da tutela, a aplicabilidade do caráter antecedente em tutelas de evidência e sua utilização para além do processo de conhecimento.

A palavra de ordem do CPC/15 é a eficiência. E sob essa ordem será direcionado o presente trabalho. Objetiva-se, portanto, através da utilização do método dedutivo, com análise legislativa e doutrinária, buscar conferir sentido a tais institutos processuais, entendendo-os como regras cuja finalidade seja alcançar o direito material de forma célere, efetiva e justa e não apenas como mais um instrumento com fim em si mesmo.

1 QUESTÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE A TUTELA PROVISÓRIA

O presente capítulo irá tratar da conceituação e aspectos fundamentais da tutela provisória, na qual se incluem a tutela de urgência – cautelar ou antecipada – e a tutela de evidência. Ainda, irá brevemente introduzir as formas e procedimentos para requerer a tutela, quais sejam antecedente e incidental para, posteriormente, analisar a aplicabilidade e controvérsias em relação à tutela antecedente.

1.1 Esboço histórico

Primeiramente, cumpre localizar historicamente a tutela provisória, o que implica em estudar as primeiras formas, ainda que primitivas do instituto. Ovídio A. Baptista da Silva¹ diz que se enganam aqueles que pensam que a tutela cautelar foi uma descoberta do século XX. Para ele, tal função jurisdicional sempre existiu. O que não se tinha era uma melhor compreensão do instituto pelos juristas. Necessário, para isso, remeter-se ao direito Romano.

Atribui-se² o desenvolvimento do processo civil, como um todo, ao direito Romano, mais especificamente a três grandes períodos: pré-clássico, da *legis actiones*, clássico, da *per formulas*, e pós-clássico, da *extraordinaria cognitio*.

Como muito bem narrado por Tucci e Azevedo³, no período pré-clássico, em princípio, o rei era quem julgava, pois detinha o *imperium*, o poder de julgamento, de autoridade. Em um segundo momento o rei transferiu seu *imperium*, bipartindo o procedimento em duas fases. A primeira fase dirigida ao *praetor* (magistrado) romano, o qual, destituído do poder de império, limitava-se ao *iurisdictio* (declarar o direito). A segunda fase dirigida ao *iudex* (juiz), cidadão romano que possuía o poder de julgar.

Em síntese, instaurava-se o processo mediante o magistrado, o qual decidiria se ao pedido do autor correspondia alguma *actio*. Não se adentrava a veracidade dos argumentos, mas tão-somente a existência de proteção jurídica. Cumpre observar que no direito romano a cada direito correspondia uma ação, por consequência a *actio* condicionava-se à existência do direito. A segunda fase seria direcionada ao juiz privado que, depois de produzidas as provas, sentenciava.

¹ SILVA, Ovídio A. Baptista. **Do processo cautelar**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

² TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

³ TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. op. cit.

No período clássico, por sua vez, persistiu o procedimento bipartido, mas com tentativas de maior celeridade com o chamado *per formulas*. Ainda nesse período constituiu-se uma ordem jurídica diferente do *ius civile*, chamada de *ius honorarium* ou *praetorium*. Sobre essa nova ordem comenta Moreira Alves:

Os magistrados com funções judiciárias não podiam, no direito romano, atribuir direitos a ninguém, mas, sim, conceder ou negar ações, o que, na prática, equivalia à criação de direitos. Por isso, o *ius honorarium*, embora teoricamente não pudesse revogar normas do *ius civile*, nem criar novos preceitos jurídicos, na realidade alcançava esses dois resultados: quando o magistrado se recusava a conceder a alguém ação que protegia direito decorrente do *ius civile*, estava negando a aplicação deste; e, quando concedia ação para tutelar situações não previstas no *ius civile*, estava suprimindo lacunas dessa ordem jurídica.⁴

As tutelas de urgência surgiram exatamente dessa necessidade de suprir lacunas ao *ius civile*, a fim de atender às demandas sociais. Também nesse meandro instituiu-se o interdito proibitório com a finalidade de que a autodefesa deixasse de ser praticada em questões possessórias.

O *interditum*, instrumento criado a fim de suprir lacunas, caracterizava-se por um pedido de que o magistrado emanasse uma ordem para que se fizesse ou deixasse de fazer algo⁵. O magistrado então, na primeira fase do processo, por meio de uma análise superficial emanava seu comando. Pode-se considerar que tal decisão dava-se por cognição sumária, sendo o comando de natureza cautelar. Esses interditos, no entanto, importante lembrar, não eram tidos pelos romanos como jurisdicionais.

Bedaque, acerca de tutelas antecipadas, dispõe que nesse período existiam “[...] doze exemplos de tutelas dessa natureza, dez nas Pandectas e dois nos códigos de 213 e 331 d.C.”⁶. Ainda, outras tutelas também criadas nesse período possuíam fito cautelar, como a *manus iniectio* e a *pignoris capio*.⁷

Na época pós-clássica o direito passou a ser elaborado quase que exclusivamente pelo Estado através das Constituições Imperiais. Além disso, rompeu-se com o sistema bipartido, unificando a decisão ao magistrado, agora funcionário do Estado. Este modelo conferiu quase que um monopólio ao Estado, sendo a decisão do magistrado um comando vinculante próprio

⁴ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**, v. I, 13. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 70.

⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. op. cit.

⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência: (tentativa de sistematização)**. 4. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 31.

⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. op. cit., p. 31.

de um órgão estatal⁸. O período pós-clássico, da *extraordinária cognitio* é o que se tem na Roma Antiga de mais parecido com a atual compreensão de jurisdição.

A partir da Idade Medieval, o direito canônico, distanciando-se da concepção romana clássica, desenvolveu um mecanismo sumário para solução dos interditos em questões possessórias. Na Alemanha esse mecanismo foi chamado de *inhibitiones*. As ordens judiciais que analisavam sumariamente esses mecanismos eram chamadas de *mandatum*. Para que essa ordem fosse deferida era necessário haver noções de perigo na demora e fumaça do bom direito, requisitos que hoje caracterizam a tutela de urgência.

Galeano Lacerda apud Bedaque⁹ analisando esse instituto destaca: “Note-se que o *periculum in mora*, assim amparado pelas *inhibitiones* germânicas, através do mandado liminar, constitui o fundamento principal das atuais medidas cautelares, no processo civil dos povos cultos”.

Em Roma, quando da edição das XII Tábuas, pode-se encontrar tutelas autônomas assemelhadas às medidas cautelares. O *addictus*, por exemplo, era uma modalidade de tutela autônoma, encontrada na Tábua III, que previa que o credor poderia promover o encarceramento do devedor de uma dívida por 60 dias como forma de garantia do débito. O inadimplemento tornava a medida executiva, podendo o credor vender o devedor ou escravizá-lo. Esse período no processo romano foi chamado de *legis actiones*, onde as partes possuíam ações e não direitos previstos em lei (Lei das XII Tábuas).

No direito intermédio surgiram medidas cautelares específicas, como a fiança, encerrando-se com a espécie de tutela genérica.

1.1.1 Primeiras tutelas provisórias no direito brasileiro

Verifica-se, pois, que desde os primórdios do direito buscam-se medidas visando assegurar da demora processual aquilo que é urgente, emergencial. No processo civil brasileiro pode-se dizer que as primeiras tutelas de urgência foram desenvolvidas junto ao primeiro Código de Processo Civil, em 1939 e tiveram como base o sistema processual civil português.

O processo cautelar à época estava previsto no livro V intitulado “Processos Acessórios”. O nome dava o sentido às medidas cautelares, vez que se condicionavam à ação principal e só poderiam ser requeridas sob a dependência desta. Eram previstas medidas

⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. op. cit.

⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. op. cit., p. 32.

preventivas ou preparatórias. Ainda, havia a possibilidade de o magistrado conceder tutelas satisfativas ou acautelatórias – o que previa o art. 675 do código¹⁰. Também em alguns procedimentos especiais trazidos pelo CPC/39 é possível verificar medidas de urgência, como no mandado de segurança.

Em 1961 foi dado início ao anteprojeto do que veio a ser o Código de Processo Civil de 1973 elaborado por Alfredo Buzaid que teve como inspiração as lições de Enrico Tullio Liebman no livro *Manuale di diritto processuale civile*. O Código, depois de remetido seu projeto de nº 810 ao Congresso Nacional, foi promulgado em 1973 pela Lei 5.869. As tutelas de urgência, por sua vez, receberam tratativa diferente da dada em 1939. A elas foi conferida autonomia, não mais dependendo do processo principal.

O livro III, que buscou tratar das tutelas de urgência, foi denominado Processo Cautelar justamente com o fito de atribuir à tutela cautelar um processo autônomo. Os requisitos para a concessão da tutela cautelar eram o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. O magistrado, então, ao analisar o pedido deveria fazer um juízo de probabilidade face à urgência do pedido.

Mas também havia as cautelares típicas ou nominadas, aquelas nas quais o legislador previa requisitos próprios. Do mesmo modo, nos procedimentos especiais estabelecidos no livro IV do CPC/73 também foram disciplinadas medidas de urgência.

1.1.2 Contextualização: CPC/73 e novidades do CPC/15

Em meados de 2010 a Comissão de Juristas responsável pelo anteprojeto do Código de Processo Civil entregou ao Senado o projeto do que viria a se tornar o Novo CPC, aprovado em 16 de março de 2015 e sancionado pela lei 13.105. A Comissão deixou claro na exposição de motivos quais foram os objetivos que permearam o estudo. Entre eles “simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o

¹⁰ Art. 675. Além dos casos em que a lei expressamente o autoriza, o juiz poderá determinar providências para acautelar o interesse das partes:

I – quando do estado de fato da lide surgirem fundados receios de rixa ou violência entre os litigantes; II – quando, antes da decisão, fôr provável a ocorrência de atos capazes de causar lesões, de difícil e incerta reparação, no direito de uma das partes;

III – quando, no processo, a uma das partes fôr impossível produzir prova, por não se achar na posse de determinada coisa.

recursal”¹¹. Para entender esse novo sistema, é necessário fazer um retrospecto com o código revogado.

O legislador de 1973 optou por disciplinar as chamadas tutelas de urgência separadamente. A tutela cautelar, como visto acima, foi estruturada como um processo autônomo, possuindo livro próprio no CPC, o livro III, que previa as cautelares típicas, ou seja, cada direito que se buscava acautelar havia uma medida cautelar correspondente.

Também em 73 o legislador decidiu por incluir o poder geral de cautela, por alguns considerado novidade, mas que na visão de Humberto Theodoro Júnior “[...] já se continha implicitamente no art. 675 do Código revogado, mas que a jurisprudência relutava em admitir em toda a sua extensão”¹².

A tutela antecipada, diferentemente, apenas era prevista em casos específicos, como nos procedimentos especiais disciplinados pelo livro IV do CPC/73. Há quem defenda¹³, entretanto, que ela surgiu como tutela cautelar satisfativa, através da previsão do art. 798 – artigo que previa o poder geral de cautela, cuja redação original foi dada pelo CPC/73, o qual atribuía ao juiz o poder de determinar as medidas provisórias que julgasse adequadas quando houvesse fundado receio de que uma das partes, antes do julgamento da lide, causasse ao direito da outra lesão grave ou de difícil reparação. Ao contrário, entende Luiz Guilherme Marinoni:

Parcela da doutrina, fiel à natureza da tutela cautelar, não admitiu que o juiz concedesse medidas sumárias satisfativas com base no art. 798. Vejamos o que dizia Humberto Theodoro Júnior: ‘Por outro lado, como bem adverte Lopes da Costa, ‘a medida cautelar não deve transpor os limites que definem a sua natureza provisória’. *Seu fito é apenas garantir a utilidade e eficácia da futura prestação jurisdicional satisfativa. Não pode, nem deve, a medida cautelar antecipar a decisão sobre o direito material, pois não é de sua natureza autorizar uma espécie de execução provisória.*¹⁴

Por sua vez, a lei 8.952 sancionada em 1994 alterou o CPC/73 e, dentre outras mudanças, institucionalizou no Brasil a tutela antecipada generalizada passando a dispor no

¹¹ FUX, Luiz. Comissão de Juristas Responsável pelo Anteprojeto de novo CPC. **Exposição de motivos do anteprojeto de código de processo civil de 2015**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

¹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda, 2010. p. 97

¹³ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 7. ed. ver. atual. a. Salvador: Editora JusPODIVM, 2012

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 10. ed. rev. atual. a. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 103

caput do art. 273¹⁵, livro I “Do Processo de Conhecimento”, que o juiz poderia, então, deferir pedido da parte para antecipar os efeitos da tutela final, desde que preenchidos alguns pressupostos: a existência de prova inequívoca de seu direito, suficientemente apta a convencer da verossimilhança das suas alegações, somado ao receio de dano ou ao abuso de defesa do réu. A antecipação dos efeitos da tutela surgiu, então, de forma generalizada no sistema brasileiro em 1994, como satisfação provisória do direito.

A tutela da evidência, por sua vez, como espécie do gênero tutela provisória, foi inserida apenas pelo CPC/15 através dos arts. 294 e 311. Mas tal figura não é nova na processualística civil brasileira. Anna Paola de Souza Bonagura¹⁶ defende que a tutela da evidência pode ser visualizada em alguns procedimentos diferenciados previstos no CPC/73, mas sem fazer, no entanto, referência a essa terminologia. Exemplifica citando “[...] a tutela monitória; as liminares de manutenção e reintegração de posse; as liminares de indisponibilidade de bens em ação de improbidade administrativa”¹⁷.

Gouveia, Souza Jr. e Alves¹⁸ dizem que a tutela de evidência tem origens dentro do instituto da antecipação de tutela, o que foi adotado pelo legislador brasileiro ao inserir essa possibilidade junto ao art. 273 do CPC/73, mais especificamente no inciso II e § 6º. O inciso II, como visto, foi inserido no CPC/73 em 1994. O § 6º, no entanto, foi introduzido na sistemática processual apenas em 2002, por meio da lei 10.444. Tal dispositivo dispunha que a tutela antecipada poderia ser deferida quando o pedido for incontroverso.

Nos motivos do anteprojeto do Novo CPC a Comissão de Juristas justificou a alteração dos institutos da tutela cautelar e antecipada em face da necessidade de celeridade e eficiência processual.

O CPC/15 unifica, sob um mesmo regime, a saber, de tutela provisória, as tutelas de urgência e de evidência. E também sob a mesma disciplina de tutela de urgência as tutelas cautelares e antecipadas. Dessa vez extirpando do código processual as cautelares típicas, trazendo apenas os pressupostos genéricos para concessão de qualquer medida cautelar: *periculum in mora* e aparência do bom direito.

¹⁵ Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

¹⁶ BONAGURA, Anna P. de Souza. Uma visão geral da tutela da evidência no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord. geral). **Tutela provisória**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2016. p. 396

¹⁷ BONAGURA, Anna P. de Souza. op. cit., p. 396

¹⁸ GOUVEIA, Lúcio Grassi de, SOUZA JR, Antônio C. F. de, ALVES, Luciana Dubeux Beltrão. Breves considerações sobre a tutela da evidência no CPC/15. In: DIDIER Jr, Fredie (coord. geral). **Tutela provisória**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2016. p 436

Para Conceição, Mello, Ribeiro e Wambier¹⁹ acabar com as cautelares típicas era medida necessária por questões de ordem procedimental. Acontecia que as típicas possuíam requisitos além dos exigidos nas cautelares atípicas e pairava a dúvida quanto à possibilidade de concessão de cautela típica se preenchidos os requisitos gerais. O CPC/15 veio, portanto, sedimentar essa dúvida. A partir de agora se preenchidos os pressupostos genéricos de *fumus boni iuris* e *periculum in mora* a providência pleiteada deverá ser concedida.

Uma inovação trazida pelo CPC/15 merece maior destaque. No CPC/73 a tutela cautelar poderia ser requerida antes ou no curso da ação principal. Já a tutela antecipada apenas no curso do processo. O CPC/15, como dito acima, acabou com o processo cautelar autônomo. Em contrapartida criou um mecanismo para que a tutela possa ser requerida previamente ao pedido principal, desta vez tanto a cautelar quanto a antecipada. Esse mecanismo está denominado como tutela antecedente, a qual esse trabalho irá se debruçar.

1.2 Conceito e dimensões da tutela provisória

O CPC/15 denominou o seu Livro V de "Da Tutela Provisória". Dentro dele busca sistematizar as tutelas judiciais fundadas em cognição sumária, ou seja, tutelas de urgência - cautelar e antecipada - e tutela de evidência. A denominação de provisoriedade, no entanto, não é novidade na normativa processual. O CPC/73 já trazia o termo "provisória" no art. 798 estabelecendo que:

Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

Este dispositivo tratava das cautelares inominadas, medidas atípicas concedidas pelo magistrado em nome do poder geral cautelar.

Tutela provisória é uma espécie de tutela jurisdicional, entendida esta como "tipo de provimento"²⁰, ou tutela em sentido estrito, assegurado à parte para que alcance o bem da vida

¹⁹ CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; MELLO, Rogerio Licastro Torres de; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Primeiros comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

²⁰ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela provisória**: tutela de urgência e tutela da evidência: do CPC/1973 ao CPC/2015. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. (Coleção Liebman / coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier e Eduardo Talamini). p. 69

pretendido. O termo provisório, por sua vez, pressupõe algo definitivo. A tutela definitiva é obtida após todo o trâmite processual, em cognição exauriente, “[...] com profundo debate acerca do objeto do processo, garantindo-se o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. É predisposta a produzir resultados imutáveis, cristalizados pela coisa julgada material”²¹.

Cumpre aqui fazer uma delimitação conceitual. Das lições de Kazuo Watanabe²² extrai-se que cognição é técnica de conhecimento, pois através da análise do processo – valoração das alegações, provas produzidas, etc – poderá o juiz formar juízos de valor a fim de decidir as questões suscitadas. A cognição, para ele, pode ser dividida em dois planos: vertical e horizontal. No plano horizontal a cognição terá como limites os elementos objetivos do processo. Nesse sentido ela poderá ser plena ou limitada, a depender do seu alcance. No plano vertical a cognição se dará conforme o grau de profundidade, ou seja, quanto mais profunda, mais completa (exauriente) e quanto mais superficial, mais incompleta (sumária).

Cognição, dessa forma, é o conhecimento do juiz perante o processo. Por sua vez cognição exauriente é um conhecimento mais completo e cognição sumária é um conhecimento mais superficial, sendo ambas as cognições observadas no plano vertical. Cognição sumária, em outras palavras, “[...] é aquela que 'conduz o magistrado a um juízo de probabilidade’”²³.

Didier Jr. lembra que a sumariedade da cognição das tutelas cautelares, especificamente, não deve ser confundida com o exaurimento de seu mérito, ou seja, de seus pressupostos no seguinte sentido:

Há cognição exauriente do mérito cautelar e, pois, do direito à cautela. A cognição do direito material acautelado é que é sumária, bastando que se revele provável para o julgador (como exige a fumaça do bom direito).

[...]

Um exemplo. Para deferir *definitividade* o arresto (medida cautelar), é necessário que o julgador examine, de forma exauriente, o preenchimento dos pressupostos legais (probabilidade do direito acautelado e o perigo da demora) do pedido de cautela; sobre o direito acautelado a cognição será sumária, mas sobre o direito à cautela, exauriente.²⁴

²¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. op. cit., p. 461

²² WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012

²³ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; MIRANDA, Gabriela Expósito Tenório. Estabilização da tutela antecipada antecedente: tentativa de sistematização. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Tutela provisória**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2016. p. 75

²⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**, v. II. 10. ed. rev., ampl., e atual. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 564

Feita essa ressalva quanto à conceituação, conclui-se que a tutela provisória é medida de cognição sumária, no sentido de profundidade vertical e juízo de probabilidade e é, normalmente, anterior à tutela definitiva. Diz-se normalmente, pois, em alguns casos, a tutela é analisada na sentença. De fato as tutelas não possuem prazo para serem respondidas pelo juiz, portanto podem ser analisadas em qualquer fase do processo.

Didier Jr. ainda define a tutela provisória como sendo “aquela que dá eficácia imediata à tutela definitiva (satisfativa ou cautelar), permitindo sua pronta fruição. E, por ser provisória, será necessariamente substituída por uma tutela definitiva – que a confirme, revogue ou modifique”²⁵. O que Didier Jr. estabelece é também tratado por Marinoni²⁶ no sentido de que o juiz, quando concede a tutela sumariamente, não declara o direito, mas tão somente limita-se a afirmar a probabilidade de sua existência, de forma que, depois de aprofundada a cognição, chegue-se à conclusão de que o direito que supôs existir naquele momento na verdade não existe.

Em suma, das lições extraídas acima, pode-se concluir que cognição sumária é a atividade feita pelo juiz que ao analisar os fatos e direitos postos para a sua apreciação, limitada no plano vertical (profundidade), profere decisão com efeitos provisórios, seja para antecipar ou acautelar direitos, que será posteriormente substituída por decisão com efeitos definitivos, a de cognição exauriente.

Teori Zavascki delimita tutela provisória como sendo uma tutela diferenciada que outorga providências de dois tipos: "(a) providências antecipadoras do gozo do direito vindicado e (b) providências de garantia para a futura execução"²⁷. Verifica-se então que a primeira hipótese corresponde à tutela antecipada e também de evidência e a segunda a tutela cautelar.

Há aqueles que discordam da utilização do termo provisório como gênero para tutela cautelar, discutindo se seus efeitos seriam, ao invés de provisórios, temporários. Humberto Theodoro Júnior entende que

a eficácia da medida preventiva obtida por meio de ação cautelar é essencialmente temporária e provisória: só dura enquanto se aguarda a solução do processo de cognição ou de execução, que é o principal, o que soluciona realmente a lide; e destina-se forçosamente a ser substituída por outra medida que será determinada, em caráter definitivo.²⁸

²⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. op. cit., p. 466

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit., p. 33

²⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 26.

²⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. op. cit., p. 26

Para ele a temporariedade é sinônimo apenas de limitação temporal, no sentido de limitação ao período de tempo entre a decretação da medida e a superveniência da decisão exauriente. Entende que em face desta sua natureza provisória estão destinadas a serem substituídas pela solução de mérito definitiva. Entretanto, lembra que para algumas cautelares, em especial, esse conceito é impróprio, citando como exemplo a antecipação de provas e a exibição de coisas ou documentos.

Para Ovídio A. Baptista²⁹, o conceito de provisoriedade utilizado pela doutrina para qualificar a duração dos provimentos cautelares apenas serve para confundir o que é de fato provisório. O que a doutrina quer dizer é que a medida cautelar deve durar até que o provimento definitivo venha a substituí-la. Ovídio A. Baptista critica tal definição, pois ela ignora a circunstância de que no plano fático tal medida causa efeitos definitivos e irreversíveis. Exemplificando tal situação, para maior elucidação dos conceitos, diz que

o que é provisório, nos alimentos provisionais, não são os alimentos concedidos e pagos a cada prestação, definitivamente, mas apenas a sentença que os tenha concedido, posto que esta poderá ter sua eficácia desfeita pela sentença que julgar improcedente a pretensão aos alimentos, antecipadamente concedidos sob a forma de provisionais; [...] Mas nunca se poderá dizer que os alimentos provisionais, pagos em virtude de sentença, não sejam em si mesmos definitivos e não satisfaçam - ainda que provisoriamente - a pretensão em obter alimentos.³⁰

Nesse sentido, provisório seria aquilo que na sua essência pode ser trocado por algo definitivo, mas da mesma natureza, desconsiderando os seus efeitos fáticos. Até aqui não se tem maiores divergências entre os doutrinadores citados. Entretanto, Ovídio A. Baptista³¹ utilizando das lições de Lopes da Costa, exemplifica o significado de temporário através de andaimes. Estes são utilizados nas áreas externas dos prédios até que a construção esteja pronta, portanto provisórios. Mas também são definitivos, pois depois de retirados nada virá a substituí-los. Temporária, por sua vez, é a tutela concedida por certo período de tempo, enquanto for necessária, mas que não será substituída. Os andaimes, portanto, terão sua finalidade esgotada quando do término da obra e nada será colocado em seu lugar.

²⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista. op. cit., p. 91

³⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista. op. cit., p. 91

³¹ SILVA, Ovídio A. Baptista. op. cit., p. 88

Didier Jr., Braga e Oliveira utilizam-se das lições de Ovídio A. Baptista para dizer que na cautelar "[...] a decisão é definitiva, mas seus efeitos são temporários"³². Argumentando nesse sentido estabelecem que

[...] a temporariedade não exclui sua definitividade. Já dissemos e repetimos, a decisão cautelar concede uma tutela definitiva, dada com cognição exauriente de seu objeto (pedido de segurança, fundado no perigo da demora e na plausibilidade do direito acautelado) e apta a se tornar imutável. [...] E, assim, por se dizer definitiva, a decisão cautelar jamais pode ser tida como provisória (ou precária). Não é uma decisão provisória a ser, posteriormente, substituída por uma definitiva – que a confirme, modifique ou revogue. Ela já é, em si, a decisão final, definitiva, para a questão.³³

Para estes juristas, os efeitos das cautelares são temporários, pois a medida assecuratória perde sua eficácia quando satisfeito o direito assegurado, ou mesmo quando denegado, retirado. Nesse sentido, a decisão que concedeu a medida permanece inalterada em seu dispositivo, não será substituída por outra de mesma natureza. Já provisória seria a tutela na qual seus efeitos são passíveis de modificação.

Ovídio A. Baptista deixa claro que a temporariedade na tutela cautelar deriva de características dos efeitos emanados por ela que podem ser removidos quando desaparecer a necessidade de proteção cautelar. Além disso, os efeitos que perdurarem enquanto houver necessidade de cautela, deverão ser removidos – e não substituídos – caso desapareça a situação perigosa.

Ainda, reforçando a tese de que a cautelar não é provisória, no mesmo sentido, deve-se reparar no mérito da medida, quais sejam perigo de dano irreparável e fumaça do bom direito. Estes não se confundem com o mérito da ação. Sendo assim, quando dada a cognição exauriente, esta se cingirá apenas quanto ao mérito da ação e não da medida cautelanda.

Raciocinando nesse sentido, a alteração dada pelo CPC/15 em nada modificará os efeitos da tutela cautelar, que continuará tendo como característica a temporariedade. Aliás, a previsão dada pelo art. 296³⁴ do CPC/15 não difere em seu sentido da previsão do art. 807³⁵ do CPC/73. Ora, se a existência da medida cautelanda demonstrar-se necessária do plano

³² DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. op. cit., p. 423

³³ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. op. cit., p. 463

³⁴ Art. 296. A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada.

³⁵ Art. 807. As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas.

fático, sua existência estará atrelada ao perigo, sendo, portanto, temporária. Ou seja, terá duração indefinida.

Eduardo de Avelar Lamy, analisando a relação entre temporariedade e provisoriedade com as tutelas de urgência ressalta, de forma essencial, que tal classificação é apenas técnica, não possuindo efeitos práticos.

Embora considerável parcela da doutrina entenda que a técnica cautelar não pode ser provisória, mas apenas temporária, a miscigenação de elementos cautelares e satisfativos é característica intrínseca às técnicas de urgência. A diferenciação entre técnica cautelar e antecipatória parte do binômio satisfatividade e cautelaridade: enquanto as técnicas de urgência demonstram partir historicamente da cautela, as medidas liminares produzem antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, possuindo satisfatividade. Ora, a tutela de urgência, via de regra, é prestada através de decisões liminares, sendo estas satisfativas ao menos em relação aos próprios provimentos cautelares³⁶.

O que se percebe dentre os autores citados é que o termo “provisória” por vezes é utilizado em contraposição a definitivo, mas também usado em confronto com temporário. Na prática, tanto a tutela cautelar quanto a tutela provisória podem ser revogadas ou modificadas. Depreende-se que o CPC/15 optou por uma linguagem mais simples, abrindo mão de uma perfeição técnica. Tal opção ilustra muito bem um dos objetivos da comissão de juristas, anunciados nos motivos do anteprojeto. Acredita-se que tal escolha não afetará as tutelas em si, nem terá maiores efeitos práticos, como bem demonstrado acima por Eduardo de Avelar Lamy.

1.3 Espécies de tutela provisória: urgência *versus* evidência

O art. 294, primeiro artigo do livro V, parte geral, do CPC/15, dispõe que a tutela provisória poderá fundamentar-se em urgência ou evidência. Em seguida, o parágrafo único estabelece as espécies de tutela de urgência, quais sejam antecipada ou cautelar. Quanto à tutela de evidência o código não atribuiu outras espécies. Especificamente sobre a tutela de urgência estabelece o CPC/15, no art. 300, que será concedida quando estiverem caracterizados dois elementos: a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

³⁶ LAMY, Eduardo de Avelar. **Flexibilização da tutela de urgência**: a redução da forma na utilização das técnicas cautelar e antecipatória. Curitiba: Juruá, 2004. p. 56

Quanto à classificação da tutela de urgência, variadas são as fórmulas adotadas pelos doutrinadores, mas como bem observado por Conceição, Mello, Ribeiro e Wambier “[...] um ponto de encontro pode ser vislumbrado em todas elas: a necessidade de uma tutela que viabilize uma atuação pronta e eficaz *para evitar um dano irreparável ou de difícil reparação*”³⁷. Continuam, afirmando que a tutela de urgência é a resposta processual a uma situação que clama por urgência, emergência, uma situação de perigo.

A tutela de urgência, portanto, possui como núcleo a urgência em si mesma considerada e é caracterizada por uma situação de perigo. A situação de perigo reside, no mais das vezes, no direito material e não no processual. Leonardo Ferres da Silva Ribeiro elucida:

Em palavras simples, pode-se afirmar, como ponto de partida, que só é possível cogitar de tutela de urgência se houver uma situação crítica, de emergência. Dessa forma, a técnica processual empregada para impedir a consumação ou o agravamento do dano, diante da necessidade de uma solução imediata, é que pode ser classificada como a tutela de urgência. É, pois, a resposta do processo a uma situação de emergência, de perigo, de urgência.³⁸

A tutela de evidência, no que lhe diz respeito, se caracteriza por antecipar os efeitos os efeitos da tutela pretendida, contudo dispensa a urgência. O CPC/15 prevê no art. 311³⁹ que a tutela de evidência será concedida em casos que não clamam por urgência, mas que nas hipóteses dos seus incisos permitam esse benefício ao autor. O requisito para concessão da tutela da evidência é justamente a evidência do direito. Da leitura desse dispositivo pode-se entender que a tutela é medida cabível quando a procedência dos pedidos for praticamente certa. As alegações são tão concretas que se adiantam os efeitos do futuro provimento. Leonardo Ferres da Silva Ribeiro comenta que,

Na tentativa de definir a tutela de evidência, surge, como primeira indagação, o que seria um direito evidente? Para Luiz Fux, no plano

³⁷ CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; MELLO, Rogerio Licastro Torres de; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. op. cit., p. 497

³⁸ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. op. cit., p. 83.

³⁹ Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;
 II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;
 III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;
 IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.
 Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

processual, direito evidente seria aquele ‘cuja prova dos fatos sobre os quais incide revela-os incontestáveis ou ao menos impossíveis de contestação séria’. Por sua vez, para Rui Cunha Martins, evidente é o que dispensa prova.⁴⁰

Frederico Koehler e Gabriela Miranda muito bem analisam o instituto da tutela de evidência sob a perspectiva de Luiz Fux, que, cumpre destacar, foi o presidente da comissão de juristas, no sentido de que ela, assim como as demais tutelas provisórias, é baseada na urgência, uma vez que se concede ao titular do direito evidente o direito de ter os efeitos da tutela antecipados em contrapartida à demora do processo.

Ainda para Fux, a sumariedade da tutela de evidência não se daria materialmente, mas apenas formalmente, vez que não há um corte vertical de profundidade. Materialmente falando, portanto, trata-se de uma decisão com cognição exauriente. Para Luiz Fux apud Frederico e Gabriela “a liminar, in casu, é deferível mediante cognição exauriente, decorrência mesmo da evidência, diferentemente do que ocorre nos juízos de aparência peculiares à tutela de urgência cautelar ou de segurança”.⁴¹

No CPC/73 a tutela de evidência era prevista no art. 273, II e § 6º⁴², pelo qual a antecipação da tutela poderia ser concedida quando ficasse caracterizado o “abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu” e quando um ou mais pedidos demonstrarem-se incontrovertidos. Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini analisando o disposto neste artigo comentam que tais dispositivos

[...] consagraram hipótese de tutela antecipada pura. Na verdade, defesa protelatória ou abuso de direito de defesa nada mais são que circunstâncias que vêm a reforçar o *fumus*: os argumentos do autor são tão sólidos e convincentes é a prova documental juntada à inicial, que a defesa não pode ser senão protelatória ou abusiva. Nessa hipótese, o altíssimo grau de plausibilidade dispensa a demonstração de um especial perigo de ineficácia do provimento final. Na hipótese do § 6º vai-se mais longe: parte do objeto do processo tornou-se incontroversa de modo tal que – não fosse a necessidade de instrução probatória quanto à outra parte, ainda incontroversa – já seria possível proferir sentença de procedência.⁴³

⁴⁰ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. op. cit., p. 90.

⁴¹ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; MIRANDA, Gabriela Expósito Tenório. op. cit., 83

⁴² Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontrovertido.

⁴³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: volume 1 - teoria geral do processo e processo de conhecimento. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 459.

Percebe-se que o inciso I do art. 311 do CPC/15 já era conhecido na normativa processual de 73. O inciso II do art. 311, diferentemente, é construção do CPC/15. Ele vem para sedimentar um dos objetivos da reforma processual trazendo a valorização das decisões proferidas pelos Tribunais Superiores. O inciso III, apesar de não previsto no art. 273 do código revogado já estava na normativa referente à ação de depósito. A previsão do inciso IV não se trata da hipótese de o réu não contestar e os fatos tornarem-se incontroversos, mas contestar mesmo o direito sendo indiscutível. Na opinião de Eduardo Arruda Alvim apud Anna Paola de Souza Bonagura⁴⁴, o inciso IV trata de um julgamento parcial em relação aos pedidos que se demonstrarem incontroversos, não se configurando como antecipação da tutela.

Leonardo Ferres da Silva Ribeiro alerta:

Tais situações não se confundem, é bom que se esclareça, com aquelas em que é dado ao juiz julgar antecipadamente o mérito (arts. 355 e 356), porquanto na tutela de evidência, diferentemente do julgamento antecipado, a decisão pauta-se em cognição sumária e, portanto, traduz uma decisão revogável e provisória.⁴⁵

Verifica-se, dessa forma, que apesar de a tutela de evidência trazer em si uma certeza quase que absoluta do direito do autor, ela não deixa de possuir natureza provisória, não podendo ser confundida com um julgamento antecipado da lide. Em suma, a tutela de evidência possui como pressuposto a evidência do direito, que é mais do que apenas a fumaça do bom direito, justamente porque dispensa outro requisito característico das tutelas diferenciadas que é a urgência. Com a ressalva, entretanto, de que o caso concreto se encaixe em algumas das hipóteses previstas no rol taxativo do art. 311. Preenchidos os requisitos, a parte poderá utilizar-se da técnica antecipatória.

Sobre a classificação das tutelas em urgência ou evidência Marinoni, Arenhart e Mitiero, após críticas à terminologia adotada pelo legislador no NCPC, muito bem analisam a questão:

A técnica antecipatória – que é capaz de dar lugar às “tutelas provisórias” do legislador – tem justamente por função distribuir de forma isonômica o ônus do tempo no processo. Para tanto, fundamenta-se ora na *urgência*, ora na *evidência* do direito postulado em juízo (é por essa razão que o legislador

⁴⁴ BONAGURA, Anna P. de Souza. op. cit., p. 399.

⁴⁵ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. op. cit., p. 191.

refere que “a tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência. Art. 294). A “tutela provisória de urgência” pode ser “cautelar ou antecipada” (isto é, satisfativa, art. 294, parágrafo único), ao passo que a tutela da evidência é sempre satisfativa (art. 311)⁴⁶.

Didier Jr., Braga e Oliveira estabelecem as diferenças entre a tutela de urgência e de evidência dizendo que enquanto a primeira requer a demonstração de uma probabilidade do direito somada a um perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, a segunda pressupõe a demonstração das alegações e, mais do que isso, a sua comprovação, tornando, assim, evidente o direito⁴⁷.

Em suma, tratando-se de direito evidente, a urgência se equipara à injusta demora processual na obtenção da tutela jurisdicional. A doutrina entende que, dessa forma, não se pode retardar a satisfação daquele que demonstrar em juízo a evidência de sua pretensão. Contudo, não poderá a decisão concedente desta tutela ser confundida com um julgamento parcial de mérito, vez que a evidência é espécie do gênero tutela provisória.

1.4 Natureza da tutela provisória de urgência: cautelar *versus* antecipada

Feita essa diferenciação entre as tutelas provisórias trazidas pelo CPC/15, passa-se a análise das espécies de tutela de urgência: cautelar e antecipada.

Parte da doutrina vê a cautelar como auxiliar da jurisdição, no sentido de que é um instrumento de proteção processual contra o tempo. O CPC/15, inclusive fala em “risco ao resultado útil do processo”⁴⁸. Há, todavia, posicionamentos divergentes. Como bem lembram Marinoni, Arenhart e Mitiero⁴⁹, a tutela cautelar não é uma tutela ao processo, mas sim ao direito da parte. Para essa parte da doutrina a cautelar mais do que assegurar a efetiva prestação jurisdicional ou o bom funcionamento do judiciário, visa proteger um direito ou uma situação jurídica tutelável pelo processo principal. Assegurando este, aquele será alcançado. O segundo posicionamento é o que será adotado no presente trabalho.

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: v. 2 - tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 198.

⁴⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Tutela provisória de evidência. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord. geral). **Tutela provisória**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2016. p. 417-418

⁴⁸ Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. op. cit.

Ovídio A. Baptista classifica a cautelar em cinco pressupostos: sumariedade da cognição, iminência de dano irreparável, temporariedade, situação cautelanda e sentença mandamental.

O primeiro, sumariedade da cognição, insere-se tanto no âmbito material, quando no âmbito procedimental. Em relação ao procedimento porque a urgência não permite um procedimento ordinário completo. Em relação ao âmbito material no sentido de que deve ser feito apenas um juízo de verossimilhança. O segundo pressuposto, por sua vez, significa a urgência e é o que determina e condiciona os demais pressupostos. Sobre o terceiro, Ovídio A. Baptista, em síntese, diz que a cautelar “assegura sem satisfazer (sem realizar) o direito assegurado”⁵⁰, tendo limitação temporária em seus efeitos fáticos. O quarto pressuposto traduz-se na necessidade de uma situação “objetivamente identificável com um direito subjetivo, uma pretensão ou ação, ou mesmo uma eventual exceção da parte que o postula; ou até mesmo, [...] um interesse juridicamente protegido, [...]”⁵¹. Por fim, a sentença mandamental, quinto pressuposto, é a natureza da decisão que concede a medida cautelar. Dessa forma, para Ovídio A. Baptista a cautelar é medida de cognição sumária, urgente, cujos efeitos são temporários, aplicável àquilo que necessita ser assegurado, sendo proferida por decisão mandamental.

Didier Jr., Braga e Oliveira⁵² resumem a tutela cautelar como medida que visa assegurar a futura satisfação de um direito protegendo-o. A tutela cautelar, destarte, possui função conservativa. Primeiramente conserva para depois usufruir.

A antecipação de tutela, por sua vez, é a possibilidade de adiantar os efeitos de um futuro provimento que só seria alcançado no fim do processo. Em melhores palavras:

Com efeito, a antecipação de tutela deve ser entendida como a possibilidade de precipitação dos efeitos da tutela jurisdicional ou, noutras palavras, o adiantamento de efeitos de um futuro provimento de mérito, permitindo a fruição imediata, pelo autor, daquilo que só teria possibilidade de gozar após um longo percurso processual e de tempo: após eventual sentença que excepcionalmente tenha eficácia imediata (ou seja, cujo recurso de apelação não seja recebido no efeito suspensivo), após o julgamento da apelação ou ainda após o trânsito em julgado.⁵³

A função da antecipação de tutela é, pois, satisfativa, no sentido de que a parte realizará materialmente sua pretensão. Importantes os ensinamentos de Didier Jr., Braga e

⁵⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista. op. cit., p. 87.

⁵¹ SILVA, Ovídio A. Baptista. op. cit., p. 92.

⁵² DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. op. cit., p. 414.

⁵³ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. op. cit., p. 111

Oliveira no sentido de que o que se antecipa não é a própria tutela em si, condenatória, por exemplo, mas os efeitos que dela decorrem. Não há uma condenação antecipada. Tal medida só poderá ocorrer no fim do processo com uma cognição exauriente. A decisão antecipatória apenas permite que o requerente “[...] usufrua dos efeitos práticos (sociais, executivos) do direito que quer ver tutelado, imediatamente, antes mesmo do seu reconhecimento judicial”⁵⁴. No entendimento de Marinoni⁵⁵, a parte poderá exercer antecipadamente um direito que ainda será declarado.

Em princípio, a tutela cautelar em muito difere da tutela antecipada. No entanto, em alguns casos práticos pode não ficar tão clara essa diferença. Leonardo Ferres da Silva Ribeiro comentando sobre possíveis problemas na escolha entre cautelar ou antecipada, simplifica:

Tome-se, como exemplo, a sustação de protesto que, se de um lado apresenta nítido caráter acautelatório, de outro, parece antecipar um dos efeitos que adviria com a fruição da tutela buscada a final. Há, nesses casos, uma evidente zona de fronteira entre tais funções – conservativa e antecipatória – no âmbito das tutelas de urgência, porém isso não quer significar que sejam coisas distintas. Não são. Ambas são tutelas de urgência, cada qual desempenhando uma função predominante.⁵⁶

O CPC/15 ao que parece veio em sentido contrário, vez que limita no parágrafo único do art. 305 a fungibilidade apenas nos casos em que for requerida tutela cautelar de forma antecedente, sendo que se trata de tutela antecipada⁵⁷. O CPC/73 previa a ampla fungibilidade no art. 273, §7º⁵⁸ no sentido de que o juiz ao verificar presentes os pressupostos da tutela que deveria ter sido requerida, poderia deferi-la.

Através do poder geral de cautela⁵⁹, entretanto, poderá o magistrado aplicar a fungibilidade da tutela antecipada que se tratar, em verdade, de tutela cautelar.

Ademais, para a concessão das tutelas, tanto cautelar quanto antecipada serão exigidos os mesmos pressupostos. É o que estabelece o art. 300⁶⁰. No CPC/73 exigia-se uma fumaça

⁵⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. op. cit., p. 491

⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit., p. 56

⁵⁶ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. op. cit., p. 88

⁵⁷ Art. 305. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Parágrafo único. Caso entenda que o pedido a que se refere o caput tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303.

⁵⁸ § 7º. Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

⁵⁹ Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.

⁶⁰ Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

do bom direito mais robusta como pressuposto para a tutela antecipada, denominado no código como “prova inequívoca que convença o juiz da verossimilhança da alegação”. Essa unificação significa um avanço e com certeza trará benefícios ao processo. Afinal, não havia razões para diferenciar os pressupostos de tutelas que servem, em princípio, para evitar um dano irreparável ou de difícil reparação. De igual forma, não há motivos para impedir a ampla fungibilidade entre as tutelas. Acredita-se que, na prática, por possuírem os mesmos pressupostos de concessão, a fungibilidade entre as tutelas cautelar e antecipada será aplicada com maior facilidade, principalmente em face do poder geral de cautela previsto no art. 297 do CPC/15.

Sobre os pressupostos, no que lhes concerne, cumpre estabelecer delimitações conceituais. A probabilidade do direito seria o chamado *fumus boni iuris*, ou fumaça do bom direito. Não se exige a evidência do direito, mas tão somente uma fumaça. É um juízo que se faz de probabilidade do direito da parte. Para Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, por meio desse pressuposto, exige-se “[...] que ao juiz sejam apresentados elementos que *prima facie* permitam, por meio de uma cognição sumária, demonstrar a credibilidade do direito invocado”⁶¹.

Além disso, cumpre ressaltar a evolução do legislador ao retirar o termo “prova inequívoca”, antes previsto como pressuposto de tutela antecipada no art. 273, *caput*, do CPC/73, gerando uma noção falsa de que seria necessário um juízo de verdade para concessão da tutela antecipada. O CPC/15 deixa claro que basta ao juiz ter convicção de verossimilhança do direito invocado pela parte.

O perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, segundo pressuposto para a concessão das tutelas de urgência, trata-se, em verdade, do risco de lesão ou perecimento do direito em caso de inércia do juiz. Didier Jr., Sarno Braga e Oliveira classificam o receito de dano em “[...] i) *concreto* (certo), e, não, hipotético ou eventual, decorrente de mero temor subjetivo da parte; ii) *atual*, que está na iminência de ocorrer; e, enfim, iii) *grave*, que tem aptidão para prejudicar ou impedir a fruição do direito”⁶².

O perigo de dano, em verdade, não é a simples demora processual, mas também de que nesse tempo ocorra, nas palavras de Pontes de Miranda, “algo de mau”⁶³, ou que tenha probabilidade de ocorrer. Segundo este doutrinador ao tratar das cautelares, não seria apenas a

⁶¹ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. op. cit., p. 136

⁶² DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. op. cit., p. 507.

⁶³ MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**: tomo VI. 7. v. Campinas: Bookseller, 1998. p. 364

urgência a caracterizadora para a concessão das medidas, pois se há um perigo na demora ele justificará a urgência, mas se houver perigo de dano iminente ele justificará a cautela.

Quanto à tutela antecipada, especificamente, o código estabelece que não deverá ser concedida “[...] quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão”. Apesar de prevista somente quanto à tutela antecipada, entende-se que tal previsão abrange a tutela cautelar ante ao tratamento unitário dessas tutelas conferido pelo CPC/15.

A irreversibilidade de que trata este dispositivo não é a irreversibilidade jurídica da decisão, pois se sabe que ela poderá ser cassada, revogada ou modificada. Trata-se, pois, da irreversibilidade fática, dos efeitos da decisão, das consequências da tutela de urgência concedida.

Quando o magistrado analisar o pedido de tutela antecipada deverá primeiramente verificar a presença dos pressupostos de verossimilhança e de urgência. Em segundo lugar, deverá aferir se a medida, após concedida, será irreversível. Os doutrinadores tratam essa vedação à tutela como outro pressuposto para a concessão, mas dessa vez negativo. Enquanto os primeiros pressupostos devem estar presentes, este não.

Todavia, a irreversibilidade deve ser analisada com cuidado. Haverá casos, como, por exemplo, de negativa de tratamento médico por parte de plano de saúde para tratamento de emergência, em que a irreversibilidade fática estará presente. Concedida a tutela e tratado o paciente, não haverá como retornar ao *status quo*. Mesmo assim a tutela poderá ser deferida diante dos bens em conflito e do enorme perigo. A solução, caso eventualmente a decisão fosse revogada, ficaria limitada à reparação pecuniária, quando possível.

A solução a ser dada em um caso como este fica fácil de ser entendida quando o conflito cinge-se entre um direito fundamental à saúde e um direito patrimonial do plano de saúde. Mas nem sempre a solução será tão perceptível. Leonardo Ferres da Silva Ribeiro estabelece que

Em tais circunstâncias, concedida ou não a tutela de urgência, a situação em si traz um dano irreparável às partes. Nelas, devem ser objeto de ponderação os males que serão causados às partes (requerentes e requerido) e optar pelo menor deles, à luz da situação concreta. Trata-se, nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, do *juízo do mal maior*⁶⁴.

Em síntese, o deferimento das tutelas de urgência se fundamentará quando o direito for minimamente demonstrado e, em face da demora do processo, o direito da parte possa sofrer

⁶⁴ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. op. cit., p. 147

danos irreversíveis ou de difícil reparabilidade. E ainda, por vezes, desde que os efeitos fáticos decorrentes da concessão da tutela sejam passíveis de reversão.

1.5 Procedimento e formas de requerimento das tutelas de urgência

Tanto a tutela cautelar quanto a antecipada poderão ser requeridas em caráter antecedente ou incidental. É o que dispõe o parágrafo único ao art. 294 do CPC/15. Essa previsão abarca apenas as tutelas de urgência, não sendo aplicável à tutela de evidência que será, em tese, sempre incidental.

Por antecedente e incidental entende-se o momento em que será requerida em relação ao pedido da tutela final, sendo, respectivamente, antes ou conjuntamente a este pedido. O pedido antecedente possui procedimento próprio e também diferente a cada tutela de urgência. Isto é, o CPC/15 atribui um procedimento diferenciado ao pedido de tutela antecipada antecedente e tutela cautelar antecedente.

Aqui o Código parece retroceder a tudo o que vinha construindo ao estabelecer um regime único de tutelas provisórias e ao unificar as tutelas cautelar e antecipada em tutela de urgência. No entanto, faz-se necessária a análise desses procedimentos, conforme se observará no tópico seguinte.

2 A TUTELA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

Delimitados os pontos conceituais entre as tutelas, o presente capítulo irá tratar dos procedimentos antecedentes previstos pelo legislador do CPC/15. Num primeiro momento será feita a explanação do conceito de antecedente para, posteriormente, tratar especificamente dos procedimentos previstos para a tutela antecipada e para a tutela cautelar.

2.1 Conceito de tutela antecedente

No livro V do CPC/15 estão estampadas as denominadas tutelas provisórias, dentre as quais se encontram as tutelas de urgência e de evidência. Dentre as de urgência estão a tutela antecipada e a cautelar que, segundo o artigo 294, poderão ser requeridas de forma antecedente ou incidental.

Por incidental entende-se o pedido realizado no bojo da ação, conjuntamente com os pedidos principais ou posteriormente a eles. Para Didier Jr., Braga e Oliveira, incidental:

É requerimento *contemporâneo* ou *posterior* à formulação do pedido de tutela definitiva: o interessado ingressa com um processo pleiteando, desde o início, tutela provisória e definitiva ou ingressa com um processo pleiteando apenas a tutela definitiva e, no seu curso, pede a tutela provisória.⁶⁵

Portanto, tutela de urgência incidental é aquela requerida no processo em que já se pediu ou está, no mesmo momento, pedindo a tutela definitiva. Nesse caso, a tutela poderá ser requerida na petição inicial, na contestação, na réplica, em petição simples, oralmente em audiência ou no bojo da petição recursal.

Antecedente, por outro lado, trata-se de uma tutela de urgência requerida em momento anterior a propositura do pedido de tutela definitiva. Didier Jr., Braga e Oliveira entendem que a petição de tutela provisória antecedente deflagra o processo no qual, futuramente, será requerida a tutela definitiva. Para eles, o pedido antecedente “É requerimento *anterior* à formulação do pedido de tutela definitiva e tem por objeto adiantar seus efeitos (satisfação ou acautelamento). Primeiro, pede-se a tutela provisória; só depois, pede-se a tutela definitiva”⁶⁶.

Antecedente é a tutela de urgência requerida em momento anterior à proposição do pedido de tutela definitiva, na qual há a possibilidade de requerer a tutela demonstrando tão-

⁶⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. op. cit., p. 591

⁶⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. op. cit., p. 591

somente o direito que se busca e o perigo da demora. Ou seja, através de uma petição mais simples pode-se requerer a antecipação dos efeitos da tutela ou de medida acautelatória. No entanto, este dispositivo apenas deve ser utilizado quando a situação de urgência for contemporânea ao ajuizamento da ação.

Dessa forma, para que a parte possa escolher entre o procedimento antecedente ou incidental, ela deverá recorrer ao momento em que será feito o pedido principal. Se o pedido principal já foi feito ou se será feito conjuntamente ao pedido de tutela de urgência, tratar-se-á de pedido incidental. Se, por outro lado, a tutela de urgência for requerida antes mesmo do pedido de tutela final tratar-se-á de pedido antecedente.

2.2 Procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente

O art. 303 do CPC/15 inaugura o rol de dispositivos que visam estabelecer o procedimento da tutela requerida de forma antecedente, mais especificamente sobre antecipação dos efeitos da tutela. O *caput* deste dispositivo inicia a sua redação estabelecendo que tal procedimento poderá ser utilizado “nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, [...]” e continua estabelecendo o que deverá conter na petição inicial: o requerimento da tutela antecipada, a indicação de qual será o pedido de tutela definitiva, a exposição da lide e do direito e a demonstração dos pressupostos da tutela antecipada – perigo de dano e risco ao resultado útil do processo.

Esse dispositivo, mais do que trazer a possibilidade de requerimento antecedente de tutela de urgência, traz a possibilidade de a tutela antecipada ser requerida desta forma, hipótese totalmente nova no direito processual civil brasileiro. No CPC/73 apenas a cautelar, com forma preparatória, poderia ser requerida antecedentemente. É, de fato, um avanço da normativa processual civil.

Da leitura do art. 303 extrai-se que a parte deverá indicar na petição antecedente, chamada pelo CPC/15 de petição inicial⁶⁷, de antemão o pedido de tutela final, os fatos, as provas que pretende produzir e deverá demonstrar os pressupostos gerais da tutela antecipada, que são o perigo de dano e a probabilidade do direito. Veja-se, quanto aos primeiros deverá o autor apenas indicar, o que não deve ser confundido com demonstrar. Já quanto aos pressupostos da tutela de urgência, estes sim devem ser plenamente demonstrados.

⁶⁷ Marinoni, Arenhart e Mitiero estabelecem que “[...] não se trata propriamente de uma petição inicial, mas de um requerimento inicial voltado exclusivamente à tutela de urgência pretendida [...]”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. op. cit., p. 198.

Há quem defenda que para fazer jus à antecipação de tutela por meio de pedido antecedente a parte terá que demonstrar uma urgência não necessariamente maior, mas atual que justifique a dispensa de observância aos requisitos dos arts. 319 e 320 que tratam dos requisitos da petição inicial. Nas lições de Leonardo Ferres da Silva Ribeiro:

Além disso, não se pode perder de vista que o pedido de tutela antecipada antecedente é medida excepcional, justificando-se diante de uma urgência contemporânea à propositura da ação (art. 303), ou seja, a impossibilidade de, naquele determinado momento, dada uma situação de urgência urgentíssima, instruir adequadamente a ação que contemple o pedido final.⁶⁸

Para Didier Jr., Braga e Oliveira, a forma antecedente de pedir foi criada para aqueles casos onde a urgência já está presente no momento de propor a ação e, por consequência, “[...] a parte não dispõe de tempo hábil para levantar os elementos necessários para formular o pedido de tutela definitiva (e respectiva causa de pedir) de modo completo e acabado reservando-se a fazê-lo posteriormente”⁶⁹.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero entendem que à primeira vista pode parecer que o código quis estabelecer uma restrição ao utilizar o termo urgência contemporânea, mas “[...] a urgência que justifica o pedido de tutela antecipada antecedente *não difere* do perigo na demora capaz de justificar qualquer espécie de tutela antecipada”⁷⁰.

Acredita-se que este seja o posicionamento adequado. Encontrando-se em situação de perigo, a parte terá duas possibilidades: a) requerer a tutela de urgência em caráter antecedente; ou b) ajuizar a ação requerendo tutela de urgência em caráter incidental. Ora, quando a urgência não for contemporânea, ou seja, a ação já estiver em curso, só restará o requerimento em caráter incidental. Portanto, ao usar o termo “contemporânea” o código apenas está diferenciando a utilização da tutela antecedente com a incidental e não exigindo um perigo maior ou uma urgência urgentíssima.

No § 5º o art. 303 trouxe um requisito, de que na petição inicial o autor deve destacar expressamente que está se valendo do instrumento antecedente, a fim de deixar evidente sua pretensão. Não obstante, este instrumento criado não prescinde do processo ou pedido principal, apenas é anterior a ele. Inclusive no pedido antecedente deverá o autor indicar o pedido de tutela final. Na petição inicial antecedente basta que o autor apenas referencie o pedido principal, sem adentrar profundamente nos seus argumentos. No entanto, é de grande

⁶⁸ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. op. cit., p. 219

⁶⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. op. cit., p. 572.

⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. op. cit., p. 215

importância que o pedido de tutela final esteja corretamente delimitado, afinal o autor estará requerendo a antecipação de seus efeitos.

Ademais, o pedido quando formulado em caráter antecedente, mesmo que de forma mais simples, instaura um processo. Por consequência, o pedido principal será formulado posteriormente. Quando a tutela provisória for requerida em caráter incidental já haverá uma relação processual estabelecida.

O art. 303 prevê a obrigatoriedade de aditamento à petição antecedente, com a sua argumentação, a juntada de novos documentos e a declaração de que confirma o pedido de tutela final feito na petição antecedente. Daí a importância de indicar o pedido de tutela final. Também deverá o autor indicar o valor da causa levando em consideração o pedido de tutela final. Isso porque as custas serão recolhidas no requerimento antecedente, a teor do art. 303, §§ 3º e 4º.

Se concedida a tutela antecipada, o autor deverá, *a priori*, aditar a petição inicial, sob pena de extinção do processo, como dito acima. O aditamento se dará por outra petição, desta vez com toda a argumentação que quiser utilizar, com novos documentos e confirmando o pedido de tutela final já feito na inicial. O pedido de tutela final deve apenas ser ratificado, sem a possibilidade de mudá-lo, é a limitação trazida pelo código.

Outrossim, a norma traz uma grande novidade: possibilita a juntada de “novos documentos”. Como bem colocado por Conceição, Mello, Ribeiro e Wambier, a lei não fala em “documentos novos”⁷¹, mas em novos documentos, o que significa que o autor poderá, na petição antecedente, dispor do uso dos documentos que entender adequados para apenas comprovar a verossimilhança das suas alegações e o perigo de dano, pressupostos gerais da tutela antecipada. Portanto, se o autor em face da urgência ou por estratégia processual não juntou à petição antecedente todos os documentos aptos a comprovar seu direito, poderá fazê-los no aditamento.

A partir do aditamento o processo seguirá conforme normas do procedimento comum, consoante os incisos II e III do § 1º do art. 303⁷². Seguindo topograficamente no código, o § 2º traz a consequência do não aditamento estabelecendo que “o processo será extinto sem resolução de mérito”. Neste momento cessam os efeitos da tutela eventualmente concedida.

⁷¹ CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; MELLO, Rogerio Licastro Torres de; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. op. cit., p. 508

⁷² § 1º Concedida a tutela antecipada a que se refere o caput deste artigo

II - o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334;

III - não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.

Nesse passo, não se pode deixar de considerar que a antecipação de tutela deve ser entendida como o aditamento de efeitos do futuro provimento de mérito – pedido final, que deve ser desde logo indicado – permitindo a fruição imediata, pelo autor, daquilo que só teria possibilidade de usufruir ao final, mediante a procedência do pedido e esgotados eventuais recursos com efeito suspensivo.⁷³

Se, por outro lado, o juiz entender que não há fundamentos para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela, deverá determinar que o autor emende à inicial em até 5 dias, sob pena de indeferimento da inicial, com julgamento sem resolução de mérito (art. 303, § 6º).

Cumprе observar os termos utilizados pelo legislador. No momento em que o juiz conceder a tutela antecipada requerida, deverá o autor aditar à inicial, no sentido de adicionar. Se o magistrado analisar a petição antecedente e, num primeiro momento, não se convencer da verossimilhança das alegações ou do perigo de dano deverá determinar a emenda à inicial. Esta, com a finalidade de corrigir algum defeito presente na petição ou de complementar argumentos e documentos a fim de ver concedida a tutela. Aquela, por sua vez, para dar seguimento ao processo depois de analisado o pedido de tutela provisória.

Assim, portanto, o juiz não deverá indeferir de plano o pedido de tutela antecipada, mas determinar que a parte autora emende com novos documentos ou o que entender necessário para demonstrar o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Como o réu ainda não foi citado, a emenda poderá ter um alcance muito grande de conteúdo.

Há também a possibilidade de justificação prévia, por força do § 2º do art. 300. Neste caso, da mesma forma, caso não esteja convencido, o juiz poderá permitir a parte que traga maiores elementos de prova através de audiência. Outrossim, não se exige que para a concessão de tutela de urgência os pressupostos sejam demonstrados através de prova documental. Dessa forma, este instrumento poderá servir de grande utilidade para a produção de provas.

Percebe-se que o pedido antecedente não significa, contudo, que a tutela será analisada liminarmente, antes da citação e da oitiva da parte contrária. Apesar de o caráter antecedente presumir uma urgência contemporânea não se dispensará o *fumus boni iuris*.

Deferida a tutela antecipada passa-se ao art. 304, o qual traz uma das grandes celeumas do novo código. Prevê a possibilidade de estabilização da tutela concedida, quando

⁷³ CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; MELLO, Rogerio Licastro Torres de; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. op. cit., p. 508

a decisão não for impugnada através de recurso⁷⁴. Tornar-se estável significa manter seus efeitos. Como o processo será extinto os efeitos serão mantidos independentemente de uma cognição plena.

Em síntese, a tutela antecipada deferida, ao ser estabilizada, conservará os seus efeitos práticos independentemente de uma decisão de cognição exauriente ao final do processo, isso porque o próprio processo é extinto quando a tutela é estabilizada. Antonio de Moura Cavalcanti Neto coloca que a opção adotada pelo CPC/15 de adoção deste instituto teve inspiração no direito francês:

A opção brasileira tem clara inspiração no direito no direito francês e no direito italiano. A França, com o *référé*, é o principal objeto de comparação quando o assunto é a previsão de processos satisfativos autônomos e abreviados. Os franceses, sobretudo a partir da prática, perceberam que a sumariedade do procedimento não é geradora de instabilidade, pelo contrário, muitas vezes a atribuição de estabilidade às decisões provisórias satisfaz completamente as partes no plano fático.⁷⁵

Tal técnica não era de todo desconhecida no Brasil. O que tínhamos era a técnica monitória prevista no art. 1.102-C do CPC/73 que, quando devidamente instruída a monitória e não embargada pelo réu, convertia-se em execução.

Uma das características da tutela antecipada e das provisórias em geral é, como o próprio nome diz, a provisoriedade. Justamente por ser provisória é que se presume a sua substituição por algo definitivo, a decisão exauriente. A tutela antecipada, especificamente, é a antecipação daquilo que se pretende que ocorra definitivamente. A estabilização dará, portanto, à provisoriedade da tutela um grau de definitividade, com eficácia e maior rapidez, pois evita-se todo o trâmite do processo.

O que já se discute na doutrina é quanto à previsão final do *caput* do art. 304 “[...] se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso”. Numa interpretação literal do dispositivo, a única forma de obstar a estabilização será com a interposição de recurso, no caso o agravo de instrumento. Não basta que o réu conteste a ação, demonstre sua insatisfação por meio de contestação. Ele terá, neste caso, que obrigatoriamente interpor recurso. Para

⁷⁴ Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

§ 1º No caso previsto no caput, o processo será extinto.

⁷⁵ CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. Estabilização da tutela antecipada antecedente: tentativa de sistematização. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord. geral). **Tutela provisória**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015. p. 201-202

Conceição, Mello, Ribeiro e Wambier “qualquer forma de *oposição* (v.g., contestação, reconvenção) deve ter o condão de evitar a extinção do processo”⁷⁶.

Não cumpre nesse momento pormenorizar essa discussão. Tal debate será feito no próximo capítulo juntamente com outras questões controvertidas que envolvem o procedimento antecedente.

Por enquanto, cabe destacar que estabilizada a tutela o processo será extinto, sendo a medida concedida eficaz e executiva. Apesar disso, não poderia operar a coisa julgada material, que a tornaria imutável e indiscutível. Assim, em virtude de previsão expressa do § 6º do art. 302 do CPC/15⁷⁷. A opção do legislador é óbvia, pois não poderia atribuir a mesma categoria processual a um pronunciamento sumário e a outro exauriente.

Dessa forma, conforme disciplinado pelo CPC/15, a tutela, quando estabilizados os seus efeitos, não será revista por cognição exauriente, mas tão-somente através de nova ação. Aquela, originária, encerra-se assim. Os efeitos da tutela estabilizada ficam conservados enquanto não houver nova ação para revisá-los, reformá-los ou invalidá-los. Entretanto, o direito a essa nova ação previsto no § 5º do art. 304 extingue-se após dois anos da ciência da decisão que extinguiu o processo. Passado esse prazo, os efeitos da tutela estabilizada não poderão ser afastados.

2.3 Procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente

O art. 305 inaugura os dispositivos sobre a tutela cautelar requerida na forma antecedente⁷⁸. Em que pese a redação ser um pouco diferente daquela que prevê o procedimento para a tutela antecipada (art. 303), seu conteúdo é o mesmo. Até porque os pressupostos para concessão das tutelas de urgência são os mesmos: perigo de dano e risco ao resultado útil do processo. Aqui, no entanto, não se fala em urgência contemporânea, ou qualquer outro adjetivo que se possa atribuir à urgência.

⁷⁶ CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; MELLO, Rogerio Licastro Torres de; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim op. cit., p. 512

⁷⁷ § 6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo.

⁷⁸ Art. 305. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

A redação do art. 305 segue a linha de uma cautelar de cunho preparatório que no CPC/73 era prevista pelo art. 796⁷⁹. No entanto, a partir do CPC/15 não se utiliza o termo ação cautelar. Mesmo que requerida antes do pedido final, a medida cautelar não será uma ação autônoma. Terá, sim, caráter antecedente, em oposição ao que o código chama de incidental, e será vinculada ao processo que contenha o pedido final. Portanto, “a tutela provisória cautelar antecedente é aquela requerida dentro do mesmo processo em que se pretende, posteriormente, formular o pedido de tutela definitiva, cautelar e satisfativa”⁸⁰.

Ao requerer a tutela cautelar em caráter antecedente deverá a parte, na sua petição inicial, requerer a concessão da tutela, indicar a lide e seus fundamentos e demonstrar o perigo de dano e a verossimilhança de suas alegações. Percebe-se que o art. 305, ao contrário do art. 303, não exige que a parte indique de antemão o pedido de tutela final. Essa é uma faculdade conferida ao requerente, conforme se infere no art. 308, § 1º, do CPC/15 estabelecendo que o pedido principal poderá – e não deverá – ser elaborado conjuntamente com o requerimento cautelar de caráter antecedente.

O magistrado, ao fazer o juízo de admissibilidade, se verificar que, em verdade, a tutela requerida tem natureza satisfativa determinará que o procedimento obedeça ao disposto nos arts. 303 e 304, referentes à tutela antecipada. Tratando-se de requerimento cautelar, poderá o magistrado conceder a medida de plano ou, assim como na tutela antecipada, determinar audiência de justificação prévia, bem como a oitiva do réu. É o que prevê, respectivamente, os arts. 300, § 2º, e 306 do CPC/15.

Após o recebimento da petição, portanto, independentemente do deferimento da tutela cautelar, ocorrerá a citação do réu para, no prazo de cinco dias, contestar o pedido antecedente e indicar as provas que pretende produzir. Essa contestação de que trata o art. 306 cinge-se apenas ao pedido cautelar, de caráter antecedente, e não ao pedido final que será deduzido posteriormente.

A contestação ao pedido de tutela cautelar está ligada obviamente ao debate a respeito da existência ou não do direito à tutela cautelar. O mérito da causa, portanto, diz respeito apenas à existência ou não de probabilidade do direito acautelado e da existência ou não de perigo de dano.⁸¹

⁷⁹ Art. 796. O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente

⁸⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. op. cit., p. 613

⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. op. cit., p. 219.

Aqui, o procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente se assemelha em muito à ação cautelar do CPC/73, pois do pedido de cautela a parte contrária será intimada para contestar, sendo posteriormente intimada para mais uma contestação, só que quanto ao mérito do pedido final. Segundo o CPC/15, então, um mesmo processo terá duas contestações. A diferença é que no CPC/73 seriam duas ações, a cautelar e a principal.

Citado e intimado, em caso de deferimento, o réu poderá lançar mão do recurso de agravo de instrumento. Diferentemente do que ocorre na tutela antecipada requerida em caráter antecedente, a falta de recurso na tutela cautelar não estabilizará os efeitos da medida concedida, tampouco extinguirá o processo.

O art. 307, por sua vez, traz as consequências da não contestação do pedido, qual seja a revelia. Não contestados os fatos alegados pelo autor, presumem-se verdadeiros, devendo o juiz decidir em cinco dias. A presunção de veracidade, em outras palavras, afetará somente o direito à cautela e não ao direito acautelado.

Assim como a contestação, a revelia abrangerá somente o pedido antecedente e de cautelar. Apesar de presente a revelia, o juiz só julgará procedente a medida se estiver convencido do perigo de dano e da verossimilhança das alegações. A natureza de tal decisão será interlocutória, salvo se reconhecer a prescrição ou a decadência do direito do autor, sendo, então, sentença. Por outro lado, se contestado o pedido no prazo legal, observar-se-á o procedimento comum (art. 307, parágrafo único).

Cumprida a medida cautelar deferida, deverá o autor em trinta dias formular o pedido principal através de petição a ser apresentada nos mesmos autos, sem o pagamento de novas custas processuais. Aqui o CPC/15 extingue a autonomia do processo cautelar, rompendo com a tradição adotada pelo sistema processual brasileiro estampado no CPC/73 com 98 artigos de lei.

O § 1º do art. 308 faculta ao autor que indique na petição inicial, juntamente com o pedido cautelar antecedente, o pedido principal. Diferente do que acontece na tutela antecipada de caráter antecedente, na cautelar se a parte indicar o pedido final será dispensado o aditamento posterior ao deferimento da medida. José Herval Sampaio Júnior comenta essa previsão no seguinte sentido:

O novo CPC ainda deixa bem claro que o pedido principal pode ser feito concomitantemente ao pedido urgencial cautelar, o que é salutar, pois prestigia aqueles advogados mais hábeis e que de plano conseguem justamente trazer a questão urgencial e o pleito final, o que conduzirá por óbvio a desnecessidade de termos, por exemplo, duas contestações,

simplificando-se ainda mais e funcionando a tutela cautelar como incidental e aí será logo depois de deliberada a questão urgente, designada a competente audiência, tratando-se do mérito, por óbvio, sem maiores problemas para a questão cautelar, além da irresignação quanto ao eventual deferimento.⁸²

Didier Jr., Braga e Oliveira⁸³ também entendem que se o pedido de tutela final for realizado junto com o pedido cautelar, mesmo que expressamente em caráter antecedente, tratar-se-á de pedido incidental de cautela.

De qualquer forma, possibilita-se o aditamento da causa de pedir conjuntamente com o pedido principal no prazo de trinta dias a contar do deferimento da medida cautelar. Apresentado o aditamento, o réu será intimado, sem a necessidade de nova citação, para audiência de conciliação ou mediação, nos termos do art. 334 do CPC/15. Restando infrutífera a autocomposição, o juiz seguirá pelas regras do procedimento comum, devendo abrir prazo para contestação, desta vez do pedido principal, a ser contado na forma do art. 335. Há, portanto, previsão de duas contestações, a primeira sendo com referência ao pedido cautelar, ou seja, ao direito à medida, e a segunda com referência ao pedido principal, ambas sujeitas aos efeitos da revelia.

O art. 309 do CPC/15 traz três motivos pelos quais os efeitos da tutela concedida cessarão: a) se o autor não deduzir o pedido principal no prazo exigido em lei; b) se a medida não for efetivada dentro de trinta dias; e c) se o juiz julgar improcedente a ação ou extinguir o processo sem resolução de mérito.

No CPC/73 a primeira hipótese era prevista no art. 808, I, que estabelecia a cessação da medida cautelar quando não intentada a ação principal no prazo estabelecido em lei. No CPC/15 a mudança cinge-se apenas no sentido de que antes era ação principal e agora trata-se apenas de petição contendo o pedido principal, devendo ser intentada no prazo. Em razão disso, não haverá espaço para a aplicação do entendimento sedimentado no STJ pela extinção do processo cautelar, sem julgamento de mérito, e consequente perda da medida cautelar quando não ajuizada a ação principal⁸⁴.

Ainda quanto à primeira hipótese, observa-se que a medida concedida cessará em face da inércia do autor em não requerer o pedido principal dentro do prazo legal. Passados os

⁸² SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Tutela cautelar no novo CPC. In: DIDIER JÚNIOR (coord. geral), Fredie. **Tutela provisória**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2016. p. 313.

⁸³ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. op. cit.

⁸⁴ Súmula 482. A falta de ajuizamento da ação principal no prazo do art. 806 do CPC acarreta a perda da eficácia da liminar deferida e a extinção do processo cautelar.

trintas dias e não deduzido o pedido principal, a medida cautelar automaticamente perderá sua eficácia, independentemente de outra ação ou de sentença para revogá-la.

A segunda hipótese aparentemente pune a desídia da parte requerente, beneficiária da medida cautelar, por não cumprir com seu dever de tomar as providências necessárias para sua efetivação dentro do prazo legal. Se, eventualmente, não for efetivada a medida por motivos alheios a sua vontade, não deverá haver cessação da medida, tampouco qualquer responsabilização. Esta hipótese, existente também no CPC/73, tem suscitado diversas discussões, as quais são muito bem sintetizadas por Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini:

Para Humberto Theodoro Júnior, a hipótese não autoriza qualquer responsabilização, na medida em que sua cessação decorre justamente da *falta de execução* da medida; não haveria, pois, o que indenizar. Por sua vez, José Carlos Barbosa Moreira propugna por uma leitura diversa, de forma a responsabilizar o autor pelos prejuízos causados ao réu, se a medida não for executada dentro de 30 dias, mas se o for tardiamente, após esse prazo⁸⁵.

Em síntese, enquanto para alguns autores tal norma pressupõe que a medida, se não executada no prazo, não interessa mais ao requerente, para outros tal norma visa a evitar que a medida seja inócua e, também, que perdure indefinidamente a possibilidade de intervenção judicial por meio de tutelas provisórias na esfera jurídica alheia. Independente da posição adotada, o CPC/15 manteve a regra de punir a desídia daquele que se beneficia da medida cautelar.

A terceira hipótese estampa a finalidade da tutela cautelar: assegurar a utilidade do pedido principal. Ora, não se pode cogitar a manutenção de medida cautelar nesse caso, pois sua eficácia está interligada ao resultado do pedido principal. Além de que, a tutela cautelar é concedida por meio de decisão fundada em cognição sumária e a decisão de improcedência é fundada em cognição definitiva, sempre prevalecendo esta última.

Esta hipótese vem reafirmar o caráter provisório da tutela de urgência, além da sua relação de dependência com o desfecho do pedido principal, uma vez que, se a sentença for desfavorável ao requerente da tutela cautelar, ele será responsabilizado pelos danos eventualmente sofridos pela parte adversa.

Há outras situações não abrangidas pelo art. 309 que também justificam a cessação dos efeitos da medida cautelar. Como exemplo tem-se a alteração das circunstâncias fáticas que

⁸⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. op. cit., p. 459.

autorizaram a medida. A tutela cautelar contém implicitamente a possibilidade de alteração ou revogação se ocorrer qualquer mudança no quadro fático ou probatório existente no momento da concessão.

A consequência a ser aplicada, caso um desses motivos venham a fazer com que a medida tenha os seus efeitos cessados, está estampada no art. 302, III, do CPC/15, inserido no capítulo referente às disposições gerais da tutela de urgência. Conforme entendimento doutrinário, tal dispositivo cuida da responsabilidade diante da tutela de urgência cassada, isto é, em que há responsabilidade sem dolo ou culpa. Nas lições de Humberto Theodoro Júnior:

A tutela cautelar, por sua excepcionalidade e pela sumariedade com que é concedida, exige que seu exercício se dê, de regra, a *risco e perigo do autor*. Nem há de se falar em presunção de culpa para justificar esse dever de indenizar. O que se dá é, puramente, um caso de *responsabilidade objetiva*, à qual o elemento culpa é de todo estranho ou dispensável⁸⁶.

O art. 302 prevê que além da reparação por dano processual, a parte responderá pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte contrária. Nesse caso, a responsabilização pelos prejuízos só será aplicável quando a medida for efetivada, não sendo aplicável, dessa forma, à hipótese do inciso II do art. 309, ou seja, quando a tutela “não for efetivada dentro de 30 (trinta) dias”.

Ademais, quando a tutela cautelar concedida perder os seus efeitos por algum dos motivos acima ou por qualquer outro, não poderá o demandante deduzir o mesmo pedido de medida cautelar, senão por fundamento novo, isto é, nova causa de pedir.

Cumprе registrar que em razão da independência entre a tutela cautelar e a principal, o indeferimento da primeira não obsta a análise da segunda, salvo se quando do julgamento da medida cautelar se reconhecer a prescrição ou a decadência do direito do requerente. É a previsão dada pelo art. 310, encerrando, assim, os dispositivos do capítulo III que trata do procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente. Conquanto a cautelar não tenha mais a autonomia que tinha no CPC/73, ela não perdeu sua instrumentalidade em relação ao pedido principal, sendo essa sua característica essencial. “Se sob a égide do CPC/73 afirma-se que a cautelar serve ao *processo* principal, sob a ótica do NCPC, pode-se dizer que ela serve ao *pedido* principal”⁸⁷.

⁸⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. op. cit., p. 200

⁸⁷ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. op. cit., p. 227

O CPC/15 deixa evidente que a decisão que conceder a tutela cautelar não faz coisa julgada material, dada a ausência de autonomia da tutela cautelar. Independente disso, a ausência de coisa julgada no pleito cautelar não faz com que a possibilidade de rever seu pedido fique sempre aberta ao demandante. Mesmo sem a coisa julgada, haverá a preclusão *pro judicato*, impedindo-se o juiz de julgar novamente as questões já decididas.

Por fim, cumpre notar que o código conferiu um número maior de dispositivos à tutela cautelar requerida em caráter antecedente se comparado à tutela antecipada. No entanto, é nesta que residem as maiores controvérsias, as quais serão analisadas pormenorizadamente no próximo capítulo.

3 QUESTÕES CONTROVERTIDAS QUANTO À APLICAÇÃO DA TUTELA EM CARÁTER ANTECEDENTE

Traçado um breve panorama geral quanto ao tratamento conferido pelo CPC às tutelas provisórias e, ainda, quanto ao procedimento em caráter antecedente das tutelas de urgência, convém tratar das questões polêmicas e da aplicabilidade da tutela antecedente em casos não expressamente previstos em lei.

Dessa forma, abordar-se-á neste terceiro e último capítulo a possibilidade de requerimento da tutela da evidência em caráter antecedente, as controvérsias envolvendo a estabilização de tutela e a aplicabilidade do caráter antecedente em procedimentos diversos do processo de conhecimento.

3.1 A possibilidade de requerimento da tutela de evidência em caráter antecedente

No capítulo anterior foram abordadas as duas formas de aplicabilidade da tutela requerida em caráter antecedente, quais sejam a cautelar e a antecipada, isto é, de modo geral a tutela de urgência. O CPC/15 excluiu expressamente essa possibilidade à tutela da evidência. No entanto, já surgem questionamentos quanto a essa diferença de tratamento, a qual será estudada a seguir.

3.1.1 Aspectos gerais da tutela da evidência

No CPC/73 a tutela de evidência não foi tratada de forma autônoma às demais tutelas diferenciadas. Há dispositivos esparsos que resumem a tutela de evidência, como, por exemplo, a hipótese de antecipação da tutela fundada no abuso do direito de defesa do art. 273, II, tida como espécie de tutela satisfativa. Também tem-se a medida liminar na ação de depósito, a liminar das ações possessórias, entre outras.

O CPC/15, por sua vez, conferiu autonomia à tutela da evidência. Concedeu-lhe um instituto próprio previsto dentro das disposições relativas às tutelas provisórias aperfeiçoando-a e ampliando suas hipóteses a fim de abarcar vários casos de direitos evidentes. A tutela da evidência trata-se, pois, de uma antecipação dos efeitos da tutela baseada na evidência do direito. Difere-se da tutela antecipada, pois não tem a urgência como pressuposto para sua concessão. Ressalta-se que, apesar de dispensar a urgência, a evidência não significa tão

somente a presença do *fumus boni iuris*, mas a sua presença de maneira evidente somada a uma das hipóteses previstas no art. 311 do CPC/15.

Dessa forma, a tutela da evidência visa proteger direitos evidentes. Por direitos evidentes entendem-se aqueles cuja prova dos fatos torna praticamente certo o seu provimento. Cassio Scarpinella Bueno assim entende:

A evidência que nomina a técnica não merece ser interpretada literalmente mas, de forma mais genérica, no sentido de que o requerente da medida tem direito mais provável que o do seu adversário assim entendidas as afirmações de direito e de fato que, por portarem maior juridicidade, recomendarem proteção jurisdicional. Em suma, a expressão merece ser compreendida no sentido de que, à luz dos elementos apresentados, tudo indica que o requerente da medida é o merecedor da tutela jurisdicional.⁸⁸

Portanto, nas lições desse doutrinador a tutela de evidência estaria em muito ligada à chance de sucesso da pretensão final. Assim, a alta probabilidade de sucesso na demanda é pressuposto essencial para a antecipação dos efeitos do futuro provimento a título de tutela da evidência. Em síntese, o direito é tão evidente que a procedência dos pedidos é praticamente certa. Contudo, para que o direito possa ser considerado evidente, exige-se a comprovação das alegações de fato.

Didier Jr., Braga e Oliveira⁸⁹ resumem a concessão da tutela de evidência à presença de dois pressupostos: a prova das alegações e a probabilidade de procedência da pretensão processual. Percebe-se que uma decorre da outra. Se as provas conseguirem evidenciar o direito, por consequência a probabilidade de procedência será muito grande, ou seja, praticamente certa. Por esses motivos, o CPC/15 permite a antecipação da tutela dispensando a demonstração de urgência ou perigo.

Tais situações não se confundem, entretanto, com aquelas em que o juiz pode julgar antecipadamente o mérito. Isso porque na tutela de evidência, como nas tutelas provisórias em geral, a decisão pauta-se em cognição sumária, diferentemente do que ocorre no julgamento antecipado.

Diz-se que a tutela da evidência dispensa a demonstração do *periculum in mora*, mas não se pode ignorar que o fator tempo é primordial na hora de ponderar pela concessão ou não da tutela. A tutela da evidência possui como objetivo redistribuir no processo o ônus do tempo necessário para chegar à tutela definitiva. É a aplicação prática do princípio da duração

⁸⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 288.

⁸⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. op. cit., p. 418

razoável do processo (art. 5º, LXXXVIII, da Constituição Federal). Leonardo Ferres da Silva Ribeiro explica que na tutela da evidência não está presente o *periculum in mora*, mas sim o dano marginal, o qual

[...] decorre do tempo de tramitação do processo e não de uma lesão irreparável ou de difícil reparação ao direito da parte. Pode-se dizer, por analogia, que o processo equivale ao remédio, utilizado para a reparação da lesão ao direito da parte; o remédio, na medida em que demora a agir para sanar tal lesão, causa uma espécie de efeito colateral, o tal dano marginal.⁹⁰

É o reconhecimento de que naturalmente a parte sofrerá um dano em decorrência da demora processual. Enquanto a tutela de urgência visa evitar ou neutralizar lesão irreparável ou de difícil reparação, a tutela da evidência visa reprimir danos marginais do processo.

3.1.2 Hipóteses de aplicação da tutela da evidência

Variadas são as hipóteses em que a tutela da evidência poderá ser concedida. O CPC/15 traz em um único dispositivo, art. 311, quatro hipóteses⁹¹, as quais serão estudadas separadamente a seguir.

a) Abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte

A primeira das hipóteses trazidas pelo art. 311 direciona-se às atitudes do réu. Trata-se de concessão da tutela da evidência quando ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto intuito protelatório do réu. Ou seja, se somado à verossimilhança do direito do autor houver falta de seriedade na defesa e/ou intenção de protelar o processo a tutela da evidência deverá ser concedida.

⁹⁰ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. op. cit., p. 92.

⁹¹ Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;
 II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;
 III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;
 IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.
 Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

As expressões “abuso do direito de defesa” e “manifesto propósito protelatório” contidas na norma, são conceitos indeterminados que deverão ser observados a cada caso concreto. Assim, o magistrado deverá atentar-se à finalidade do tipo legal, garantindo o prosseguimento do processo de forma a assegurar sua efetividade.

Resumidamente, a defesa abusiva, excessiva, inadequada com o propósito de frustrar ou mesmo atrasar a prestação jurisdicional poderá, no caso concreto, caracterizar abuso ao direito de defesa. O réu pode até apresentar a defesa técnica adequada, mas, mesmo assim, abusar do direito de defesa. Nesse sentido, se o réu, ao utilizar-se do direito à ampla defesa, “[...] insistir em discutir matéria já preclusa, repetir alegações indeferidas, fazer reiteradas cargas, repetir recursos que foram inadmitidos”⁹², estará abusando do seu direito e/ou protelando o provimento final de mérito. Esse dispositivo, portanto, parece carregar consigo um intuito punitivo às atitudes de má-fé do réu. Esse é o entendimento de Didier Jr⁹³.

Há outros doutrinadores, entretanto, que entendem de forma diversa a aplicação da tutela da evidência, pois

Esta, diferentemente da litigância de má-fé, não tem natureza punitiva, de sanção processual, mas apenas de técnica utilizada para alcançar a eficiência da tutela jurisdicional do direito evidente, transferindo-se para o réu que apresentou defesa destituída de seriedade o ônus do tempo técnico do processo de conhecimento.⁹⁴

Ademais, quando litigar de má-fé o réu deverá ser punido como tal, conforme determina o art. 81⁹⁵. Em suma, a tutela da evidência não será concedida ao autor porque o réu se comportou mal, mas porque há direitos evidentes aos quais o réu opôs contestação destituída de seriedade. Em contrapartida à defesa inconsistente ou procrastinatória do réu, o direito do autor já evidenciado terá maior probabilidade de vitória na pretensão final.

⁹² RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. op. cit., p. 92.

⁹³ Trata-se de tutela de evidência punitiva, que funciona como uma sanção para apenar aquele que age de má-fé e, sobretudo, que impõe empecilhos ao regular andamento do feito, comprometendo a celeridade e lealdade que lhe devem ser inerentes. op. cit., p. 620

⁹⁴ GOUVEIA, Lúcio Grassi de, SOUZA JR, Antônio C. F. de, ALVES, Luciana Dubeux Beltrão. Breves considerações sobre a tutela da evidência no CPC/15. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord. geral). **Tutela provisória**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2016. p. 441.

⁹⁵ Art. 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.

b) As alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante

A segunda hipótese trata da possibilidade de concessão da tutela da evidência quando presentes dois pressupostos: prova documental das alegações de fato, bem como demanda consubstanciada em tese já firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas, no julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos ou em súmula vinculante. Essa hipótese é uma das novidades trazidas pelo CPC/15 na normativa processual civil brasileira.

Nesse caso pouco importa o comportamento do réu. Exige-se, contudo, que a prova seja necessariamente documental ou então documentada, como a prova emprestada, por exemplo. Evidenciado o direito através de prova documental, exige-se, ainda, que esse direito esteja amparado em tese jurídica já firmada em precedente ou, como prefere o art. 311, em enunciados de súmula vinculante e em julgamento de demandas e recursos repetitivos. O CPC/15 trouxe essas duas possibilidades no art. 927, II e III, respectivamente, junto de mais outras três. A esse conjunto foi dado o nome de precedente obrigatório⁹⁶, pois são paradigmas sedimentados, cuja observância é obrigatória pelos magistrados.

Parte da doutrina⁹⁷ tem entendido que a interpretação do inciso II, do art. 311, deve ser sistemática, no sentido de abranger os demais casos do art. 927, ou seja, todos os precedentes do CPC/15. Afinal, se o direito que busca o autor está fundado em um precedente qualquer, a possibilidade de procedência final é praticamente certa. Assim, qualquer uma das possibilidades do art. 927 seria capaz de tornar evidente o direito quando este estiver lastreado por prova documental. Nesse sentido, nas lições de Didier Jr, Braga e Oliveira:

Devem ser levados em conta todos os precedentes vinculantes exatamente porque o estabelecimento de uma *ratio decidendi* com força obrigatória por tribunais superiores já foi antecedido de amplo debate dos principais

⁹⁶ O adjetivo “obrigatório”, no entanto, é construção doutrinária. Isso em face do art. 927 que traz os precedentes previstos nos seus incisos como medida vinculante e não meramente persuasiva. Fredie Didier Júnior, Luiz Guilherme Marinoni, entre outros, adotam essa terminologia. “Além de resignificar a jurisprudência e as súmulas, o novo Código introduz o conceito de precedentes. Os precedentes não são equivalentes às decisões judiciais. Eles são razões generalizáveis que podem ser identificadas a partir das decisões judiciais. O precedente é formado a partir da decisão judicial. 16 E porque tem como *matéria-prima a decisão*, o precedente trabalha essencialmente sobre *atos jurídicos relevantes que compõem o caso examinado pela jurisdição* e que determinaram a prolação da decisão *de maneira* como foi prolatada. Os precedentes são razões generalizáveis que podem ser extraídas *da justificação das decisões*. Por essa razão, operam necessariamente dentro da *moldura dos casos* dos quais decorrem. Os *precedentes* emanam exclusivamente das Cortes Supremas e são sempre *obrigatórios* - isto é, *vinculantes*. Do contrário, poderiam ser confundidos com simples *exemplos*”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. op. cit., p. 610-611.

⁹⁷ Nesse sentido, entre outros: Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. op. cit, RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. op. cit.

argumentos existentes em torno do tema, limitando as possibilidades argumentativas da parte em face da qual se requer a tutela de evidência tornando pouco provável o seu êxito (salvo se conseguir demonstrar uma distinção do caso em exame com o caso paradigma ou a superação do precedente).⁹⁸

Cumpra aqui observar, no entanto, que esse entendimento não é pacífico na doutrina.

A decisão que negar o pedido de tutela da evidência pela hipótese do inciso II, do art. 311, deixando de seguir o precedente ou o enunciado de súmula invocado pela parte, deverá demonstrar a distinção do precedente invocado com o caso concreto analisado ou então que o entendimento já foi superado sob pena de a decisão ser considerada não fundamentada. É o que determina o art. 489, § 1º, VI⁹⁹.

Em resumo, nessa hipótese a prova documental produzida pelo autor deve ser suficiente para comprovar os fatos narrados na inicial. Além disso, seu direito deve estar amparado em tese firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas, no julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos ou em súmula vinculante, bem como nos demais casos de precedentes.

c) Se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito

O inciso III do art. 311 trata de uma hipótese bem específica. A tutela da evidência será concedida quando a ação tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental de depósito. O contrato de depósito é regido pelo Código Civil, nos artigos 627 e seguintes. Em síntese, pode-se dizer que o contrato de depósito é uma obrigação na qual o depositário deve guardar o bem e conservá-lo, como se seu fosse, até o depositante reclamá-lo.

O CPC/73 previa um procedimento especial de depósito, tendo por fim a restituição da coisa depositada. Isto é, quando o depositário se recusasse a entregar o bem posto em depósito poderia o depositante ingressar com a ação de depósito, buscando compelir o depositário a lhe devolver o bem. Tal procedimento especial previa a concessão de uma tutela diferenciada, baseada na evidência, nos casos em que a ação fosse lastreada por prova literal do contrato de depósito.

⁹⁸ JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. op. cit., p. 625

⁹⁹ § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

No entanto, o depositante só poderia dispor dessa ação e, por consequência, do rito especial, se houvesse prova literal do depósito. Caso não dispusesse de prova literal o autor deveria optar pelo rito comum, a fim de primeiro declarar a existência do depósito, cumulando a pretensão restitutória à declaratória.

O CPC/15 extinguiu o procedimento especial de depósito, prevendo que no procedimento comum a obrigação de restituir coisa decorrente de contrato de depósito, quando fundada em prova literal, autoriza a concessão de tutela provisória de evidência, adiantando os efeitos de um futuro provimento de mérito. Isto é, se deferida a tutela da evidência, contra o réu será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa.

d) A petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável

A última hipótese consagra a possibilidade de concessão da tutela da evidência na ausência de contraprova documental suficiente. Primeiramente, a prova produzida pelo autor deverá ser exclusivamente documental. Em uma interpretação extensiva permite-se que se considere para esse fim a prova documentada.

Em segundo lugar, a prova trazida pelo autor deve ser suficiente para comprovar os fatos constitutivos de seu direito. Por fim, tem-se o elemento da ausência de contraprova, documental ou não, suficiente a gerar dúvida razoável quanto ao fato constitutivo do direito ou ao próprio direito do autor.

Parte da doutrina entende que a ausência de contraprova suficiente pelo réu trata-se, em verdade, de pedido incontroverso, cujo julgamento exige cognição exauriente através de julgamento parcial da lide, quando houver cumulação de pedidos. Isso em razão da antiga previsão do § 6º do art. 273 do CPC/73¹⁰⁰. Tal dispositivo estabelecia que a tutela antecipada poderia ser concedida quando o pedido demonstrar ser incontroverso. Assim, maduro para julgamento. De fato, injusto seria aguardar para ver realizado seu direito que desde já demonstrar-se incontroverso.

O Projeto do novo CPC n. 8.046/2010 previa, inicialmente, dentro das hipóteses de concessão da tutela da evidência, art. 278, a possibilidade de solução definitiva aos pedidos

¹⁰⁰ § 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

cumulados ou parcela deles que mostrarem-se incontrovertidos. Outro inciso, por sua vez, trazia a possibilidade de concessão da tutela da evidência, por decisão provisória, àqueles casos em que a inicial fosse instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca¹⁰¹.

Sob a ótica do Projeto nº 8.046/2010, depreende-se que a hipótese traduzida no inciso IV não se trata de incontrovérsia do pedido, mas de falta de prova consistente. O CPC/15 aprovado e sancionado, após diversas modificações, retirou a hipótese prevista inicialmente no art. 278 quanto ao julgamento definitivo do pedido que demonstrar-se incontrovertido. Tal disposição foi transferida para o art. 356, relativo especificamente aos casos de julgamento parcial de mérito¹⁰².

Dessa forma, a hipótese do inciso IV do art. 311 do CPC/15 não trata de incontrovérsia, mas de defesa inconsistente. Citado, o réu deverá impugnar os fatos alegados contrapondo outros fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor. Se assim não o fizer, a tutela da evidência será medida cabível.

Em suma, o direito buscado pelo autor está suficientemente embasado em prova documental. Isto já traz certo grau de evidência. A este direito o réu não contesta de forma consistente, ou seja, de modo a impugnar os fatos constitutivos do direito do autor. O direito fica, portanto, mais evidenciado, sendo passível de concessão de tutela da evidência.

3.1.3 Possibilidade de requerer tutela da evidência em caráter antecedente

O parágrafo único do art. 311, para finalizar as disposições específicas sobre a tutela da evidência, prevê que nas hipóteses dos incisos II e III o juiz poderá conceder a medida liminarmente. Ao que parece, a intenção do legislador ao dizer “liminarmente”, é, na verdade, dizer que o juiz poderá proferir decisão *inaudita altera pars*. Nesse sentido o art. 9º, parágrafo

¹⁰¹ Art. 278. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação, quando:

I – ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do requerido;

II – um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontrovertido, caso em que a solução será definitiva;

III – a inicial for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca;

IV – a matéria for unicamente de direito e houver tese firmada em julgamento de recursos repetitivos, em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em súmula vinculante.

¹⁰² Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles:
I - mostrar-se incontrovertido

único, II¹⁰³. Por óbvio, incabível decisão sem a oitiva do réu nas hipóteses dos incisos I e IV, porquanto dependem da sua resposta para ensejar a concessão da tutela da evidência.

Os incisos II e III, por outro lado, são aquelas hipóteses as quais o legislador previu grande probabilidade de êxito ao autor, pois ou o direito está embasado em provas documentais e também em precedente obrigatório ou trata-se de pedido reipersecutório fundado em prova documental do contrato de depósito. São, assim, passíveis de decisão liminar *inaudita altera pars*. Marinoni explica que a essas duas hipóteses o CPC/15 estabeleceu que

[...] a defesa do réu será *potencialmente inconsistente*: [...]. Nesses casos, o contraditório é diferido porque é injusto fazer com que o autor aguarde para ver realizado um direito que já se encontra definido pelas Cortes Supremas ou que se encontra apropriadamente confortado pela prova específica que o instrumentaliza no plano do direito material.¹⁰⁴

Como visto nos capítulos anteriores, o legislador optou por disciplinar o caráter antecedente apenas às tutelas de urgência. Num primeiro momento, não se vê maiores motivos para restringir esse caráter à tutela da evidência, mais especificamente aos incisos II e III do art. 311.

Parte da doutrina, no entanto, entende de forma distinta. Didier, Braga e Oliveira¹⁰⁵, sem adentrar profundamente no assunto, fazendo uma leitura isolada do art. 294, parágrafo único, do CPC/15 entendem que o caráter antecedente somente será aplicável às tutelas de urgência, pois assim expressamente previsto no referido artigo.

José Miguel Garcia Medida entende diferentemente:

Entendemos, porém, que tanto a tutela de evidência quanto a de urgência (esta, antecipada ou cautelar) poderá ser concedida em caráter antecedente ou incidental, isso é, antes de apresentado o pedido “principal” (cujos efeitos se vão antecipar, ou cuja produção de efeitos de pretende garantir) ou quando já realizado tal pedido.¹⁰⁶

Pelo CPC/15 são dois os momentos em que as tutelas diferenciadas poderão ser requeridas em relação ao pedido final: em caráter antecedente ou em caráter incidental. Por

¹⁰³ Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

¹⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. op. cit.

¹⁰⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. op. cit., p. 570

¹⁰⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/73. 2 ed. ebook baseada na 3 ed. da obra Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 282.

antecedente entende-se a tutela requerida em momento anterior à propositura da ação propriamente dita. Por incidental a tutela requerida no bojo da ação, conjuntamente ou por petição intermediária no curso do processo.

Com a utilização do caráter antecedente a parte poderá dispor de uma petição mais simples, devendo indicar, desde já, o pedido de tutela final, demonstrando tão somente os pressupostos para a sua concessão. Ao tratar da tutela antecipada requerida em caráter antecedente o CPC/15 traz a possibilidade de o autor utilizar somente dos documentos que entender necessário, como estratégia processual, podendo juntar os demais na petição de complementação. Trata-se de clara exceção ao art. 320 que, junto ao art. 319, estabelece os requisitos indispensáveis da petição inicial. Ainda quanto à tutela antecipada requerida em caráter antecedente, o legislador trouxe a benesse da estabilização dos efeitos da tutela, através da qual, em não havendo insurgência do réu na concessão da medida, estabilizam-se os efeitos da tutela concedida.

Não se vê razão para restringir tais possibilidades ao instituto da tutela da evidência. Assim como a tutela antecipada, seu fito é antecipar os efeitos do futuro provimento de mérito, satisfazendo-os. Apesar de não exigir como pressuposto o perigo de dano, é medida prevista no processo civil brasileiro a fim de evitar os danos marginais decorrentes da demora processual.

Ademais, as hipóteses da tutela da evidência nas quais o CPC/15 permite decisão em sede liminar e que, em tese, seriam possíveis de requerimento em caráter antecedente, são hipóteses em que o legislador previu grande probabilidade de êxito do autor. Ou seja, ao que tudo indica, o autor caminha para a vitória no processo com julgamento de procedência do pedido.

Conforme lições de Marinoni, é injusto fazer com que o autor tenha que suportar o ônus do processo quando o seu direito está embasado em prova documental e ainda consubstanciado em precedentes das Cortes Supremas ou que se encontra munido de prova específica que instrumentaliza seu direito no plano material. Tais casos não devem ser confundidos com a hipótese estampada no inciso IV, quando a parte autora juntar prova documental do seu direito a qual o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável de modo a impugnar os fatos constitutivos do direito do autor. Às hipóteses dos incisos II e III o legislador presume a evidência de forma que dispensa a oitiva da parte contrária para afigurar evidente o direito.

Importante destacar que a palavra de ordem do CPC/15 é eficiência:

Sem prejuízo da manutenção e do aperfeiçoamento dos institutos introduzidos no sistema pelas reformas ocorridas nos anos de 1.992 até hoje, criou-se um Código novo, que não significa, todavia, uma ruptura com o passado, mas um passo à frente. Assim, além de conservados os institutos cujos resultados foram positivos, incluíram-se no sistema outros tantos que visam a atribuir-lhe alto grau de eficiência.¹⁰⁷

O simples fato de o direito pleiteado ter de percorrer um longo caminho, por meio de inúmeros atos processuais, demorando anos para obter satisfação, já configura um dano, quase sempre inevitável. O aplicador do direito, tendo conhecimento disso, deve primar pelo bom desenvolvimento do processo, ou seja, pela efetividade.

Dessa forma, entende-se plenamente possível o requerimento da tutela da evidência em caráter antecedente, mais especificamente nas hipóteses dos incisos II e II do art. 311, conforme disposições do art. 303 e inclusive do art. 304 que traz a estabilização da tutela. Apesar de não haver o *periculum in mora*, a tutela da evidência deve ser medida aplicável tanto antecedente quanto incidentalmente, pois não há razão relevante na espera que, via de regra, gera agravamento de dano.

3.2 Aplicabilidade e controvérsias acerca da estabilização dos efeitos da tutela

No capítulo 2 deste trabalho foram explanados os procedimentos referentes às tutelas de urgência requeridas em caráter antecedente. Foi brevemente exposta uma das grandes celeumas envolvendo a tutela antecipada requerida antecedentemente, a possível estabilização dos seus efeitos. Com essa novidade sobrevieram diversas questões: necessidade de recurso para obstar a estabilização, necessidade de aditamento, insegurança jurídica face à ausência de coisa julgada na decisão, dentre outras. Neste subcapítulo tais questões serão pormenorizadas a fim de chegar a um melhor entendimento.

3.2.1 Breve conceituação e delimitação da estabilização de tutela no CPC/15

O CPC/15 trouxe uma grande novidade ao processo civil brasileiro. Prevê, dentro das disposições referentes à tutela antecipada requerida em caráter antecedente, que a tutela

¹⁰⁷ FUX, Luiz. Comissão de Juristas Responsável pelo Anteprojeto de novo CPC. **Exposição de motivos do anteprojeto de código de processo civil de 2015**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

concedida e não impugnada através de recurso terá seus efeitos estabilizados. Em síntese, a tutela antecipada deferida, ao ser estabilizada, conservará os seus efeitos práticos independentemente de uma decisão de cognição plena ao final do processo, isso porque o próprio processo é extinto quando a tutela é estabilizada.

Antonio de Moura Cavalcanti Neto coloca que o legislador brasileiro ao adotar este instituto no CPC/15 inspirou-se no direito italiano e também no francês. Quanto a este último, a inspiração se deu mais especificamente no procedimento do *référé*. Os franceses perceberam que as partes muitas vezes aceitavam as medidas que lhes eram imputadas a título de tutela de urgência. Mesmo assim eram obrigadas a aguardar, por um longo tempo, a resolução final da lide com a cognição exauriente que confirmasse a tutela antecipada de urgência. Percebendo que essa espera era demasiada e em vão, vez que a medida era aceita no plano fático, os franceses criaram o procedimento chamado *référé*.

Embora tal figura esteja prevista em diversas passagens do *Nouveau Code de Procédure Civile*, a sua definição pode ser encontrada no art. 484, que assim dispõe: ‘A *ordonnance de référé* é uma decisão provisória, proferida a requerimento de uma parte, presente ou convocada a outra, nos casos em que a lei confere a um juiz que não é o da causa principal o poder de ordenar imediatamente as medidas necessárias’.¹⁰⁸

Consiste, este, em uma medida de antecipação dos efeitos da tutela, sendo aplicada de forma genérica a todos os procedimentos, e que não faz coisa julgada, apesar de garantir a permanência dos seus efeitos. Isto significa que se as partes contentarem-se no plano fático com a decisão sumária, não há necessidade em continuar com o processo. Para isso foi criado tal instituto, na medida em que os franceses perceberam que “[...] a sumariedade do procedimento não é geradora de instabilidade, pelo contrário, muitas vezes a atribuição de estabilidade às decisões provisórias satisfaz completamente as partes no plano fático”¹⁰⁹.

Já no direito italiano, a teor do que ensina Humberto Theodoro Júnior, as medidas antecipatórias são rotuladas como um poder geral cautelar, mas em muito se diferem das cautelares. A tutela satisfativa possui procedimento autônomo e não se vincula ao processo principal. As medidas antecipatórias “[...] constituem objeto de procedimento sumário desvinculado de qualquer outro, podendo encerrar, em si mesmo, o completo acerto do litígio, muito embora não adquira a autoridade de *coisa julgada*”¹¹⁰.

¹⁰⁸ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. op. cit., p. 178.

¹⁰⁹ CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. op. cit., p. 202

¹¹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. op. cit., p. 84

Em ambos os países a tutela antecipada baseia-se em cognição sumária, cuja aplicação se dá de forma geral nos processos, dispensando a cognição definitiva para resolver o mérito, mantendo seus efeitos. No Brasil, entretanto, antes de 2015 a ausência de cognição exauriente que confirmasse a tutela antecipada era inconcebível.

Em 2003, com a intenção de inserir no direito pátrio um sistema parecido com o *référé* francês, formou-se, durante a V Jornada Brasileira de Direito Processual Civil, uma Comissão responsável por criar um anteprojeto de lei. A Comissão, composta por processualistas renomados, Ada Pellegrini Grinover, Luiz Guilherme Marinoni, Kazuo Watanabe e José Roberto dos Santos Bedaque, apresentou ao Senado o que veio a se tornar o Projeto de Lei n. 186/2005. Tal projeto tinha por finalidade a alteração de dispositivos do art. 273 do CPC/73, a fim de acrescentar a estabilização à tutela antecipada.

O objetivo declarado desse anteprojeto e da institucionalização no Brasil da estabilização da tutela, nas palavras do Senador Antero Paes de Barros, era

[...] deixar que as próprias partes decidam sobre a conveniência, ou não, da instauração ou do prosseguimento da demanda e sua definição em termos tradicionais, com atividades instrutórias das partes e cognição plena e exauriente do juiz, com a correspondente sentença de mérito¹¹¹.

Pretendia-se, então, que, assim como nos sistemas francês e italiano, a tutela concedida tivesse seus efeitos estabilizados se as partes ficassem satisfeitas no plano fático. O interesse das partes seria o único combustível para impulsionar o feito até a tutela final. A estabilização da tutela, no entanto, não foi bem aceita pelos legisladores e tal alteração no CPC/73 não foi aprovada.

Não se deve ignorar, entretanto, que o CPC/73 previa uma técnica muito parecida, chamada de monitória. Prevista no art. 1.102-C estabelecia que a ação monitória quando devidamente instruída e não embargada pelo réu convertia-se em execução. Também no direito brasileiro, mas na lei 11.804/2008 que dispõe sobre os alimentos gravídicos tem-se, no parágrafo único do art. 6º, a hipótese de conversão dos alimentos gravídicos em pensão alimentícia quando do nascimento da criança, o qual fica convertido até que uma das partes solicite sua revisão.

¹¹¹ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei 186, de 2005**. Modifica os §§ 4º e 5º do art. 273, e acrescenta os arts. 273-A, 273-B, 273-C e 273-D à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), para permitir a estabilização da tutela antecipada. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/5724.pdf>. Acesso em: 30 maio 2016.

Em 2010, a Comissão de Juristas Responsáveis pelo Anteprojeto do Novo CPC, após discutir e amadurecer sobre o instituto da estabilização da tutela, entregou ao Senado Federal o Anteprojeto do que viria a se tornar o CPC/15. Na exposição de motivos, a comissão estabeleceu cinco razões principais pelas quais a reforma processual era necessária. As terceira e quarta razões, “simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal” e “dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado”¹¹², foram as quais justificaram a inserção da estabilização do sistema processual.

Do anteprojeto até a lei aprovada o dispositivo referente à estabilização da tutela sofreu algumas modificações. Em 16 de março de 2015 foi, então, sancionada a lei 13.105, prevendo em seu art. 304 a estabilização da tutela antecipada. Tal dispositivo estabelece que a tutela antecipada, quando concedida, tornar-se-á estável se contra ela não for interposto recurso.

Em síntese, a tutela antecipada deferida, ao ser estabilizada, conservará os seus efeitos práticos independentemente de uma decisão de cognição plena ao final do processo, isso porque o próprio processo é extinto quando a tutela é estabilizada, a teor do que dispõe o § 1º do art. 304. A extinção não acontecerá, no entanto, se parte autora, mesmo tendo os efeitos estabilizados, deseje dar continuidade ao processo a fim de buscar a cognição exauriente.

A estabilização dará, portanto, à provisoriedade da tutela um grau de definitividade, com eficácia e maior rapidez, pois evita-se todo o trâmite do processo. O que já se discute na doutrina é quanto à necessidade de interpor recurso para obstar a estabilização. Além dessa, outras questões ainda permeiam esse novo instituto na doutrina. Tais discussões serão explanadas em subtópicos a seguir.

3.2.2 *Necessidade de recurso*

Numa interpretação literal do art. 304, a única forma de obstar a estabilização será com a interposição de recurso, sendo, em regra, o agravo de instrumento¹¹³. Não basta que o réu conteste a ação, demonstre sua insatisfação por meio de contestação. Ele terá, neste caso, que obrigatoriamente interpor recurso.

¹¹² FUX, Luiz. Comissão de Juristas Responsável pelo Anteprojeto de novo CPC. **Exposição de motivos do anteprojeto de código de processo civil de 2015**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

¹¹³ Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:
I - tutelas provisórias;

Deve-se ter cautela com a interpretação desse dispositivo, pois o legislador optou de forma expressa pelo recurso como meio de obstar a estabilização. Inicialmente, o projeto de lei previa a utilização de um termo mais abrangente, a “impugnação”¹¹⁴ como forma de obstar a estabilização. Posteriormente, houve essa modificação na Câmara dos Deputados para admitir apenas o recurso.

Conceição, Mello, Ribeiro e Wambier entendem de forma diferente da redação dada ao art. 304. Para eles “qualquer forma de *oposição* (v.g., contestação, reconvenção) deve ter o condão de evitar a extinção do processo”¹¹⁵. Heitor Vitor Mendonça Sica segue no mesmo sentido:

Entendo que esse dispositivo não deixa o juiz ‘de mãos atadas’ diante da inércia do réu em recorrer da decisão antecipatória, podendo nesse momento revogar ou modificar a decisão com base no novo cenário fático-probatório desenhado pela defesa do réu.¹¹⁶

Num primeiro momento pode-se pensar que se o objetivo do código é trazer maior eficácia às demandas judiciais não faria sentido exigir somente o recurso, com seus custos, burocracias, prazos, para obstar os efeitos. A estabilização veio para evitar conflitos desnecessários quando as partes, autor e mesmo o réu, se conformam com a tutela concedida. A contestação, portanto, seria o meio suficiente e adequado que o réu tem de demonstrar sua resistência, seu inconformismo. Além disso, ao admitir-se somente o recurso como forma de impugnação apta a obstar a estabilização poderá ocorrer um potencial aumento na quantidade de agravos de instrumento, travando os tribunais.

Segundo Marinoni, Arenhart e Mitidiero, o que basta é a manifestação do réu “[...] inequívoca no sentido de exaurir o debate com o prosseguimento do procedimento”¹¹⁷. Nesse sentido, uma eventual impugnação através de contestação, dentro do prazo de 15 dias, pode ser tida tão somente como objeção à estabilização e não como insurgência à concessão da tutela.

No entanto, com tal pensamento Antonio de Moura Cavalcanti Neto não concorda:

¹¹⁴ O art. 288, § 2º, na versão aprovada no Senado em junho de 2010 – Projeto de lei 166 – dispunha que “concedida a medida em caráter liminar e não havendo impugnação, após sua efetivação integral, o juiz extinguirá o processo, conservando a sua eficácia”. Redação que foi alterada na Câmara dos Deputados, Projeto Lei 8.046, em 2014.

¹¹⁵ CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; MELLO, Rogerio Licastro Torres de; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. op. cit., p. 512

¹¹⁶ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada ‘estabilização da tutela antecipada’. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord. geral). **Tutela provisória**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015. p. 354

¹¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. op. cit., p. 216

A apresentação de contestação pelo autor representa erro grosseiro, pois não há o que contestar. Quando o autor é citado para contestar no Procedimento Comum tem o dever de atacar os fatos e fundamentos da petição inicial. No caso da tutela antecipada antecedente, ele, se não se conformar, deve impugnar a decisão provisória. Ademais, nem há pedido final a ser contraditado, uma vez que o seu prazo para resposta apenas começará a correr na forma do art. 303, § 1º, II e III, que remetem aos arts. 334 e 335, todos do CPC.

Ainda para esse jurista, permitir a contestação seria usurpar a competência do tribunal, órgão competente para julgar agravo de instrumento. Assim, se a impugnação tem por finalidade obstar a estabilização e, portanto, combater a decisão provisória, a contestação não será a peça hábil a tanto, eis que sua finalidade é completamente outra. O mesmo processo teria, então, que ter duas contestações. A primeira como impugnação da tutela de urgência e da estabilização de seus efeitos e a segunda a fim de impugnar a integralidade da pretensão do autor.

Se o objetivo da estabilização da tutela é encerrar com o processo quando as partes contentam-se no plano fático com a tutela concedida qualquer forma de impugnação deve ser entendida como suficiente para obstar a estabilização. Isto é, se as partes abrem mão do seu direito de buscar uma tutela definitiva, exauriente e se a estabilização refere-se tão somente às intenções das partes em continuar ou não com o processo, exigir apenas o recurso, não aceitando outra forma de impugnação, seria impor a estabilização àquele que assim não deseja. Exemplifica-se: o réu citado e intimado quanto à concessão da tutela antecipada antecedente apresenta contestação, não se insurgindo quanto ao mérito da tutela concedida, mas somente quanto à estabilização. Requer a continuidade do processo com a devida instrução probatória para ao final receber a tutela definitiva. Ora, aplicar neste caso a estabilização da tutela seria esvair o objetivo do instituto.

Relativiza-se a jurisdição como monopólio do Estado para conferir autonomia às partes. Os sujeitos processuais devem decidir sobre a conveniência do prosseguimento da ação. Ninguém melhor do que eles para entender os reais objetivos do processo. Assim, tanto o recurso quanto a contestação ou qualquer outra forma de impugnação apta a manifestação inequívoca do réu no sentido de exaurir a lide com a decisão sumária.

3.2.3 *Necessidade de aditamento*

Outra questão que surge é sobre a necessidade de aditamento à petição inicial, prevista pelo § 1º, I, do art. 303, após estabilizada a tutela. Quando obtida decisão liminar favorável ao autor, de concessão da tutela antecipada requerida, ele será intimado para aditar o pedido e o réu será citado e intimado¹¹⁸. Se o réu não interpuser recurso, ou outra forma de impugnação, contra a decisão que concedeu a antecipação dos efeitos da tutela, ela estabilizará seus efeitos. O autor, por outro lado, se não aditar a inicial terá seu processo extinto sem resolução de mérito.

Tal questão ganha maior importância diante do fato de que o prazo para o réu é de 15 dias. Para o aditamento o CPC/15 também prevê 15 dias ou prazo maior que o juiz fixar. Isto é, se o juiz não fixar prazo para o aditamento, entende-se aplicável 15 dias. Passados os 15 dias para recurso, permanecendo o réu inerte, a consequência será a estabilização da tutela, enquanto que o não aditamento pelo autor implicará em extinção do processo com a revogação da tutela concedida. Nessa hipótese, permanecendo inerte o réu e por prevenção o autor aditar estabilizar-se-á a tutela ou o processo deverá continuar? Se, por outro lado, o autor não aditar o processo será extinto e a estabilização será revogada?

A questão principal envolvendo tal controvérsia é saber quais atitudes terão aptidão a estabilizar ou evitar a estabilização.

Poder-se-ia cogitar da extinção do processo com a estabilização da tutela antecipada, porquanto é conferida às partes a ação prevista no § 2º do art. 304 para rever, invalidar ou reformar a antecipação da tutela. A vingar tal raciocínio, nenhum autor se preocupará em proceder ao aditamento que a lei lhe impõe, na medida em que o arquivamento do processo lhe favorecerá, pois obrigará o réu a ingressar com uma ação para discutir a tutela antecipada. A hipótese de extinção do processo com a estabilização da tutela antecipada deve ser confinada à hipótese de inércia do réu em não impugná-la.¹¹⁹

¹¹⁸ Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Concedida a tutela antecipada a que se refere o caput deste artigo:

I - o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar;

II - o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334;

¹¹⁹ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. op. cit., p. 221

O que Leonardo Ferres da Silva Ribeiro quer dizer no trecho extraído acima é que a tutela deverá ser estabilizada, ou não, dependendo única e exclusivamente da atitude do réu. O aditamento pelo autor não deve ser entendido como renúncia à estabilização, tampouco como declaração de vontade em continuar com o processo. Da mesma forma, a ausência do aditamento não pode ser óbice à estabilização que beneficia ao autor.

Em análise adstrita às normas legais, outros doutrinadores contrapõem-se a essa ideia:

É importante mencionar que **não haverá estabilização** da tutela antecipada, mesmo diante da ausência de recurso (ou resistência) do réu, **quando o autor não aditar a petição inicial** (inciso I do art. 303), o que implicará a **extinção do processo** (art. 303, §2º), com a **perda da eficácia** da tutela antecipada deferida.¹²⁰

Alguns podem se perguntar se o aditamento pelo autor poderia ser considerado desistência da tutela. Antonio de Moura Cavalcanti Neto analisou essa questão, propondo como solução a intimação do autor para dizer se quer ou não dar continuidade ao processo. Isso em decorrência do dever de consulta às partes, previsto no art. 10 do CPC/15¹²¹. Afinal, o aditamento é dever imposto ao autor pela lei. “Quando o autor adita o pedido, está desincumbindo-se de um ônus, não está dizendo que não quer a estabilização”¹²².

Antonio de Moura Cavalcanti Neto ainda coloca que pode a parte dar continuidade ao processo mantendo estáveis os efeitos da tutela. Se buscar um juízo de mérito, nada impede que a parte autora prossiga com o processo normalmente, usufruindo dos efeitos da tutela não impugnada. Havendo decisão de mérito pela improcedência dos pedidos, cai a tutela até então estável.

3.2.4 Ausência de coisa julgada e a segurança jurídica

A ideia desta modalidade de tutela e, mais especificamente, da estabilização de tutela é que a eficácia da decisão permaneça mesmo depois de extinto o processo. Apesar de executiva e eficaz, no entanto, não poderia operar a coisa julgada material, que a tornaria

¹²⁰ CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; MELLO, Rogerio Licastro Torres de; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. op. cit., p. 512

¹²¹ Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

¹²² CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. op. cit., p. 206

imutável e indiscutível. Assim, em virtude de previsão expressa do § 6º do art. 302 do CPC/15¹²³.

A opção do legislador é óbvia, pois não poderia atribuir mesma categoria processual a um pronunciamento sumário e a outro exauriente. No entanto, falar em extinção do processo com a tutela produzindo efeitos sem haver coisa julgada material gera perguntas quanto à segurança jurídica.

Antes de adentrar nessa discussão, importante precisar o conceito de coisa julgada. Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira sintetizam coisa julgada como sendo “a imutabilidade da norma jurídica individualizada contida na parte dispositiva de uma decisão judicial”¹²⁴. A coisa julgada material, mais especificamente,

é a indiscutibilidade da decisão judicial no processo em que foi produzida e em qualquer outro. Imutabilidade que se opera dentro e fora do processo. A decisão judicial (em seu dispositivo) cristaliza-se, tornando-se inalterável. Trata-se de fenômeno de eficácia endo/extraprocessual.¹²⁵

Para ficar imune pela coisa julgada material, a decisão deverá conter diversos pressupostos, mas sempre deverá ter o mérito analisado em cognição exauriente. A tutela antecipada, diferentemente, tem cognição sumária e, sendo assim, pode e deve ser revista. É, ainda, precária, pois pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo, desde que haja uma alteração do estado de fato ou de provas. “E, por ser assim sumária e precária, a tutela provisória é *inapta a cristalizar-se com a coisa julgada material*”¹²⁶.

No entanto, conforme trazido pelo novo código, quando estabilizados os seus efeitos não será revista por cognição exauriente, mas tão-somente através de nova ação. A primeira ação, originária, encerra-se assim. A tutela ainda não estabilizada enseja execução provisória, a teor do art. 297, parágrafo único¹²⁷. A tutela estabilizada, de outro lado, enseja execução definitiva, pois extinto o processo nos termos do art. 304, §1º.

Afinal, não faria nenhum sentido criar a estabilização e ao mesmo tempo impedir o autor de efetivar medidas irreversíveis face as amarras do regime

¹²³ § 6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo.

¹²⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. op. cit., p. 418

¹²⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. op. cit., p. 419

¹²⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. op. cit., p. 466

¹²⁷ Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória. Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.

do cumprimento provisório de sentença (art. 520 e seguintes), agravadas pela restrição (de duvidosa constitucionalidade) ao uso da penhora eletrônica de aplicações bancárias para efetivação da tutela provisória (art. 297, parágrafo único).¹²⁸

A sensação de insegurança dos juristas em face da ausência de coisa julgada em muito se deve às premissas epistemológicas desenvolvidas conjuntamente ao processo civil de que as formas de cognição sumária, e a desconfiança da probabilidade na qual foi firmada, seria afastada por uma cognição exauriente, permeada de certeza e verdade. Para o CPC/73 a tutela jurisdicional de cognição sumária perde eficácia se destituída de posterior cognição exauriente apta a fazer coisa julgada. Inclusive, a coisa julgada é cláusula pétrea da Constituição Federal (art. 5º, XXXVI). Tanto é que a possibilidade de executar antecipadamente por motivo de urgência só veio a ser cogitada no direito brasileiro em 1994 com a inserção da antecipação da tutela no art. 273 do CPC/73.

O CPC/15 veio então na contramão desse sentimento de insegurança para demonstrar que a efetividade, por vezes, tem maior relevância prática do que a coisa julgada. Em muitas circunstâncias simplificar o procedimento pode significar satisfação fática.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira¹²⁹ citam como exemplo o caso de um estudante que passa no vestibular sem ter completado o segundo grau. A Universidade, seguindo orientações do Ministério da Educação, não aceita a matrícula do aluno. Diante da urgência, o estudante ajuíza pedido de tutela antecipada antecedente e obtém decisão favorável. A Universidade realiza a matrícula e não impugna a decisão, pois estava apenas seguindo orientações do Ministério da Educação. O autor conseguiu se satisfazer com a matrícula e não tem interesse em prosseguir com a ação. Assim, os efeitos da decisão tornam-se estáveis.

Cumprе anotar que o Projeto de Lei n. 186 de 2005 sugeria que a decisão que concedesse a antecipação da tutela fosse revestida pela coisa julgada. O Projeto de Lei de 2010, que veio a culminar no CPC/15, diferentemente, tratou expressamente de dizer que a decisão que conceder a tutela não fará coisa julgada.

Antonio de Moura Cavalcanti Neto vê de forma positiva a impossibilidade de a decisão concessiva da tutela antecipada fazer coisa julgada. “Ora, se houvesse essa possibilidade, parece evidente que em todas as vezes teríamos recurso do réu, que jamais iria

¹²⁸ SICA, Heitor Vitor Mendonça. op. cit., p. 351

¹²⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. op. cit., p. 605

contentar-se com uma medida precária a regular definitivamente a sua situação jurídica”¹³⁰. Sendo assim, a coisa julgada seria um desestímulo para que o réu ficasse inerte. Portanto, em busca da efetividade processual entende-se correta tal disposição.

Em estudo de direito comparado sobre a tutela antecipada, Ada Pellegrini Grinover questionou diversos países quanto aos seus sistemas de tutelas provisórias. Ao perguntar se no sistema francês a tutela sumária substituiria o processo comum e a posterior decisão de mérito, obteve a resposta de que “[...] mais de 90% (noventa por cento) dos casos acabam resolvidos sem necessidade do processo ordinário”¹³¹. Acredita-se que no Brasil a estabilização possa produzir tamanha efetividade jurisdicional.

Em suma, o interesse das partes será o cerne para a estabilização dos efeitos da tutela. Sua aplicabilidade prática se dará nos casos em que as partes contentam-se com a situação fática alcançada pela concessão da tutela antecipada. Renuncia-se a uma investigação mais completa, com todo o arcabouço probatório, em troca de uma decisão célere. A parte autora arca com a ausência da coisa julgada para desfrutar dos resultados práticos desejados.

Os efeitos da tutela estabilizada ficam conservados enquanto não houver nova ação para revisá-los, reformá-los ou invalidá-los. Entretanto, o direito a essa nova ação previsto no § 5º do art. 304 extingue-se após dois anos da ciência da decisão que extinguiu o processo. Esse prazo tem natureza decadencial, devido à limitação temporal do direito potestativo. Esgotado o prazo, a decisão que extinguiu o processo e estabilizou os efeitos da tutela faz coisa julgada?

Bruno Garcia Redondo diz que sim, ao argumento de que, transcorrido o prazo de dois anos fica totalmente impossibilitada a discussão acerca do direito material, sob pena de burla aos parágrafos do art. 304. Por consequência, a decisão estaria protegida pela coisa julgada material.

Ora, se a conjugação das regras dos §§2º, 3º, 5º e 6º leva ao entendimento de que a tutela antecipada estabilizada somente pode ser modificada dentro de 02 anos por meio de uma demanda específica, somos obrigados a concluir que, após o esgotamento desse prazo, fica absolutamente impossibilitada a discussão do próprio direito material, sob pena de burla àquelas regras, já que o debate do direito material poderia, por consequência inafastável, levar a

¹³⁰ CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. op. cit., p. 204

¹³¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Tutela Jurisdicional diferenciada**: a antecipação e sua estabilização. Revista de Processo, São Paulo, v. 121, n. 186, p. 11-37, mar. 2005.

modificação (prática e jurídica) da tutela estabilizada, o que está vedado por aqueles quatro dispositivos.¹³²

Outros pensam o contrário¹³³, pois a sua cognição sumária não poderia ser acobertada por coisa julgada e transcorrido esse prazo deixa de caber qualquer ação destinada a debater o mérito, inclusive ação rescisória. Isto significa que, para esta corrente, decorridos os 2 anos haverá uma imutabilidade absoluta tornando-se a decisão, portanto, inimpugnável por qualquer meio. Essa imutabilidade não possui nome de coisa julgada, mas é mais forte que ela, afinal a decisão não poderia ser impugnada sequer por ação rescisória e tampouco por ação autônoma apta a discutir o direito material.

Dentre estes que sustentam não fazer coisa julgada, há um entendimento de que não caberia ação rescisória, mas seria possível a propositura de uma ação destinada a debater o mérito dentro do prazo decadencial ou prescricional do direito material. “O prazo de dois anos encerra a possibilidade de se ajuizar uma ação que reabra a discussão do processo extinto, *nos exatos limites e contornos da lide originária* na qual se deferiu a antecipação de tutela”¹³⁴. Marinoni, Arenhart e Mitidiero filiam-se a esse pensamento, expondo que a estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente não pode lograr o título de coisa julgada:

Passado o prazo de dois anos, continua sendo possível o exaurimento da cognição até que os prazos previstos no direito material para a estabilização das situações jurídicas atuem sobre a esfera jurídica das partes (por exemplo, a prescrição, a decadência e a *supressio*).¹³⁵

O Fórum Permanente de Processualistas Cíveis através do enunciado 33 se pronunciou no sentido de que “não cabe ação rescisória nos casos estabilização da tutela antecipada de urgência”. A Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados no mesmo sentido elaborou o Enunciado 27 estabelecendo que “não é cabível ação rescisória contra decisão estabilizada na forma do art. 304 do CPC/2015”.

Esta última interpretação parece a mais adequada e é à qual maior parte da doutrina se filia. O art. 304, no seu § 6º, estabelece que “[...] a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar [...]”. O termo “só” utilizado no trecho acima se refere à estabilidade dos efeitos da tutela concedida, não ao direito material.

¹³² REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. (coord. geral), **Tutela provisória**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015. p. 296-297

¹³³ SICA, Heitor Vitor Mendonça. op. cit., p. 359

¹³⁴ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. op. cit., p. 222

¹³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. op. cit., p. 218

Portanto, a norma não restringe a possibilidade de discussão deste último, mesmo que passados os 2 anos, mas só, ou seja, tão somente de discussão da tutela estabilizada.

3.2.5 *(In)Possibilidade de estabilização da tutela na cautelar, na evidência e no pedido de caráter incidental*

O CPC/15 restringiu a possibilidade de estabilização dos efeitos da tutela à tutela antecipada. Alguns doutrinadores vêm interpretando de forma diferente, a fim de estender o alcance do art. 304. Com efeito, dentro do capítulo II – Do Procedimento da Tutela Antecipada Requerida em Caráter Antecedente – prevê o *caput* do art. 304 que “a tutela antecipada concedida nos termos no art. 303, torna-se estável [...]”. Portanto, não será a cautelar, nem a incidental, tampouco a de evidência.

Cumprе anotar que na versão inicial do Código no Senado a estabilização era possível também na tutela cautelar, o que foi modificado na Câmara.

A tutela cautelar possui técnica conservativa, a qual presume uma providência protetiva e temporária. A tutela deve ser mantida no tempo na medida em que houver necessidade de proteção para que, posteriormente, a parte possa ver sua pretensão satisfeita. Nesse sentido não há motivos para estabilização. O Fórum Permanente de Processualistas Civis teve a preocupação de discutir sobre isso, chegando à conclusão de que “não cabe estabilização de tutela cautelar” (Enunciado 420 do FPPC).

No que tange à estabilização da tutela da evidência, diferentemente da cautelar, não há razões para que lhe seja tolhida essa possibilidade. Em razão da grande probabilidade do autor e da ausência de recurso da parte contrária seus efeitos poderão ser estabilizados, a teor do que acontece com a tutela antecipada. Ou seja, se a tutela da evidência for concedida e a ela não se opuser o réu, poderá ser estabilizada evitando-se assim a espera do provimento definitivo. Entretanto, cumpre salientar que existe entendimento contrário na doutrina.

Heitor Vitor Mendonça Sica¹³⁶, por exemplo, entende que não é possível a estabilização de decisão concessiva de tutela da evidência, pois a estabilização é somente aplicável às tutelas requeridas em caráter antecedentes, dentre as quais não se inclui a tutela da evidência. Da leitura do art. 294, parágrafo único, conclui que não sendo possível requerer antecedentemente a tutela da evidência, também não será possível aplicar a estabilização.

¹³⁶ SICA, Heitor Vitor Mendonça. op. cit., p. 347.

Na tutela requerida em caráter incidental, por sua vez, também não se justifica a restrição. Em interpretação literal, conclui-se que a tutela antecipada concedida incidentalmente não terá o condão de estabilizar-se, mesmo com o contentamento das partes no plano fático, sendo obrigatório seguir com o processo até a decisão final apta a formar coisa julgada material. Humberto Theodoro Jr. apud Leonardo Ferres da Silva Ribeiro sintetiza: “em ambos os casos, a tutela sumária é deferida com base nos mesmos requisitos e cumpre o mesmo papel ou função”¹³⁷. Se a tutela for requerida no meio do processo e concedida, nada impede que o autor entenda desnecessária a sua continuidade. Neste caso o réu terá que ser intimado e se não se manifestar pela continuidade da ação a tutela poderá ser estabilizada. Assim, não se vê utilidade prática em restringir a estabilização. Importante colocar que tanto a anuência quanto a desistência na continuidade do processo em face da estabilização não implicam em renúncia ao direito de rever, reformar ou invalidar a tutela estabilizada. Seu efeito prático seria o mesmo da não interposição de recurso.

À vista do exposto, é possível afirmar que os dispositivos que tratam da estabilização da tutela no CPC/15 suscitam dúvidas, muitas vezes conduzindo a conclusões conflitantes quanto ao seu procedimento e aplicabilidade. Historicamente, percebeu-se que a doutrina brasileira havia se preocupado em estudar e compreender as tutelas provisórias, intentando reformas legislativas a fim de implementar o instituto da estabilização, inspirado no que já acontecia na França e na Itália. A teor do que alude a Exposição de Motivos do CPC/15, a estabilização da tutela foi desenvolvida para simplificar e dar o máximo de rendimento ao processo. É nesse sentido que deve ser interpretado o texto normativo e todo o sistema de tutelas provisórias que o envolvem.

A estabilização tem como objetivo evitar postergar o processo quando as partes contentam-se com os efeitos de uma prestação sumária. Não haverá coisa julgada, mas também não mais será obrigatório um processo com suas múltiplas facetas que atrasam a entrega da prestação jurisdicional. Prolongar é desnecessário.

Ademais, os dispositivos que ali estão não são mera criação legislativa. Estão ali para cumprir com uma função primordial, há muito tempo percebida pelos europeus, que, inclusive, está prevista na Constituição Federal: a efetividade na prestação jurisdicional através de “meios que garantam a celeridade de sua tramitação”¹³⁸.

¹³⁷ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. op. cit., p. 219

¹³⁸ Art. 5º, LXXVIII: a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Dessa forma, é preciso interpretar a estabilização da tutela de maneira a assegurar a sua máxima eficácia, não podendo esvair seu objetivo. De nada adiantará o esforço doutrinário e legislativo se os aplicadores da norma continuarem perquirindo o mito da segurança jurídica através da coisa julgada, que viria após dilação probatória, sentença, recursos e assim por diante. Na estabilização as partes contentam-se com o resultado fático. As partes, sujeitos processuais aos quais cinge-se o direito têm a autonomia em dar continuidade com o processo ou não.

3.3 Aplicabilidade da tutela requerida em caráter antecedente para além do processo de conhecimento

O CPC/15 dividiu-se em parte geral e parte especial, a fim de garantir maior organicidade ao código. A parte geral tem por finalidade “[...] chamar para si a solução de questões difíceis relativas às demais partes do Código, já que contém regras e princípios gerais a respeito do funcionamento do sistema”¹³⁹. A parte especial abrange, em seus três livros, o processo de conhecimento – tanto do procedimento comum quanto dos procedimentos especiais –, o cumprimento de sentença, o processo de execução e o processo nos tribunais e meios de impugnação das decisões judiciais.

A tutela provisória, como visto, está disciplinada no livro V da parte geral. Portanto, teoricamente aplicável ao processo civil como um todo. Este subcapítulo irá tratar da aplicabilidade do caráter antecedente da tutela provisória para além do processo de conhecimento. Isto é, tratar-se-á aqui de analisar a possibilidade de requerimento em caráter antecedente das tutelas provisórias requeridas em recursos, processos de execução e procedimentos especiais.

3.3.1 Aplicabilidade nos recursos

Não é apenas em primeiro grau que a parte pode necessitar de uma tutela provisória, seja pela urgência ou pela evidência. Mesmo em sede de recurso deve-se prezar pela eficácia e celeridade do processo. O caráter antecedente para requerer as tutelas provisórias é um dos grandes sinônimos de celeridade e eficácia previstos pelo CPC/15.

¹³⁹ FUX, Luiz. Comissão de Juristas Responsável pelo Anteprojeto de novo CPC. **Exposição de motivos do anteprojeto de código de processo civil de 2015**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

Antes de analisar a aplicabilidade do caráter antecedente aos recursos é preciso definir recurso. José Carlos Barbosa Moreira apud Cassio Scarpinella Bueno o define como sendo “o remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna”¹⁴⁰. Ou seja, recurso pressupõe a existência de um processo no qual foi proferida decisão que se pretende reformar, invalidar, esclarecer ou integrar. Em princípio, fica difícil a visualização da utilização do caráter antecedente nos recursos, vez que já há processo instaurado. Dessa forma, será feito um esboço quanto a viabilidade de concessão de tutelas provisórias no âmbito recursal para, então, analisar a possibilidade do pedido antecedente.

Nos recursos a tutela provisória será geralmente requerida em duas situações: quando se busca a tutela para impedir a eficácia da decisão impugnada; e quando os pressupostos para sua concessão forem preenchidos somente quando em grau recursal ou então advindo fato superveniente a exigir uma tutela provisória.

Para entender a primeira hipótese é preciso antes entender o efeito suspensivo. O efeito suspensivo aplica-se para impedir a produção imediata dos efeitos da decisão até o julgamento final do recurso, seja para executar a decisão ou não, como nos casos em que há apenas declaração do direito. A decisão que mudaria esse estado não produzirá efeitos. Dessa forma, o efeito suspensivo apenas prolonga o estado já existente. A natureza do pedido de suspensão dos efeitos é acautelatória. Isso porque contém, em sua essência, a busca pela proteção do direito invocado, impedindo-se a execução da decisão impugnada. Assim, resguarda para depois satisfazer. José Miguel Garcia Medida comentando o art. 299 ensina:

A nova lei processual não fez uso do termo ‘medida cautelar’, antes corriqueiramente empregado, referindo-se apenas a ‘pedido de concessão de efeito suspensivo’. Independentemente do nome utilizado, a finalidade é a mesma: impedir que a decisão impugnada por recurso extraordinário ou especial produza efeitos, ou antecipar efeitos do julgamento desses recursos (a rigor, mesmo a primeira providência – impedir a produção de efeitos pela decisão recorrida – não deixa de ser uma antecipação de efeito do resultado do julgamento do recurso).¹⁴¹

Os recursos em princípio não possuem efeito suspensivo, conforme art. 995 do CPC/15. O recurso de agravo de instrumento, em regra, não o possui, mas o art. 1.019, I, do CPC/15 prevê que o relator poderá atribuir efeito suspensivo a esse recurso. De igual forma os

¹⁴⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. op. cit., p. 731

¹⁴¹ MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/73. 2 ed. ebook baseada na 3 ed. da obra Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 288.

recursos especial e extraordinário (art. 1.029, § 5º). O art. 1.012 dispõe que a apelação, de outro lado, terá sim como regra efeito suspensivo, excepcionados alguns casos do § 1º desse artigo.

O parágrafo único do art. 995 prevê, entretanto, a possibilidade de concessão de efeito suspensivo à decisão recorrida “se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso”. Isto significa que é possível a parte pleitear suspensão dos efeitos de decisão impugnada. A suspensão não se dá de forma imediata, mas somente após a decisão positiva do relator.

O recurso de apelação possui dispositivo próprio para quando for necessário requerer o efeito suspensivo, naqueles casos em que a suspensão não é automaticamente aplicável. Segundo o art. 1.012, § 4º, deve o apelante “[...] demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação”. Nota-se que a primeira parte desse dispositivo trata de tutela fundada na evidência, pois sua concessão é baseada na probabilidade do provimento. O legislador, com isso, teve a intenção de proteger principalmente aqueles casos em que o pedido funda-se em prova documental e em precedente obrigatório. A decisão recorrida que violasse tais precedentes teria obrigatoriamente que ser reformada, por isso a necessidade de suspender seus efeitos.

Da análise desses dispositivos, percebe-se que o efeito suspensivo poderá ser concedido com base na urgência (art. 995 e art. 1.012, § 4º) ou evidência (art. 1.012, § 4º). Neste último caso sendo permitido apenas na apelação.

A teor de maior elucidação será utilizado como exemplo o recurso de apelação, sem efeito suspensivo, para analisar a viabilidade ou não do caráter antecedente, mas que será aplicável aos demais recursos que com tais situações demonstrar-se similar.

Proferida sentença e em se tratando de caso em que a apelação, por força do art. 1.012, §1º, não possua efeito suspensivo, é evidente que a parte vencida terá contra si a instauração de cumprimento provisório da sentença, sofrendo imediatamente com os efeitos emanados por esta decisão. Se a parte vencida tem interesse em recorrer, ela também terá interesse em obstar a possibilidade de sofrer os atos executivos, afinal sua intenção é reverter a sentença.

Pensando nisso, o CPC/15 no próprio artigo 1.012 regula os mecanismos de busca do efeito suspensivo por decisão judicial. Nesse sentido, a suspensão dos efeitos poderá ser concedida quando o requerente demonstrar a probabilidade do provimento de seu recurso ou

então havendo risco de dano grave ou de difícil reparação, demonstrar verossimilhança de suas alegações. Tais hipóteses correspondem, respectivamente, à tutela de evidência e à tutela de urgência.

No novo código a apelação continua tendo que ser interposta no juízo de primeiro grau que proferiu a sentença, no qual também será intimada a parte contrária para contrarrazoar. Somente depois o processo será encaminhado ao Tribunal, onde será distribuído para julgamento da apelação. Sabe-se que todo esse procedimento leva tempo e tratando-se de processo físico provavelmente levará mais de ano.

Pensando nisso, não seria adequado permitir o requerimento da tutela de forma antecedente? Relembrando o que foi estudado no capítulo anterior, por antecedente entende-se o momento em que o pedido será formulado em relação ao momento do pedido final. Ou seja, quando a tutela provisória for requerida antes do pedido de tutela final tratar-se-á de pedido antecedente. O caráter antecedente em âmbito recursal não seria com relação à ação, mas com relação ao próprio recurso. Antes de o recurso chegar ao Tribunal, pode a parte peticionar antecedentemente o pedido de tutela?

A fim de garantir efetividade não se vê motivos para essa restrição. Ademais, para fazer jus ao efeito suspensivo a parte deverá demonstrar os requisitos exigidos pela norma. Isto é, seu pedido apenas será concedido se demonstrados os pressupostos de perigo de dano e verossimilhança das alegações. Pode a parte pleitear em caráter antecedente ao recurso sua tutela provisória, pleito esse que deverá ser analisado pelo magistrado. Trata-se de poder conferido ao relator, assim como aquele que é conferido ao magistrado para concessão da tutela de urgência.

Importante mencionar que o pedido de concessão do efeito suspensivo deve ser direcionado ao órgão competente para julgamento do recurso. Isso em decorrência do disposto no art. 995¹⁴², aplicável a todos os recursos.

Quanto à apelação, especificamente, prevê o código no artigo 1.012, § 3º, que o pedido de efeito suspensivo deverá ser direcionado ao “I - tribunal, no período compreendido entre a interposição da apelação e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-la”. Ao recurso extraordinário e especial, de igual forma, prevê que o pedido de suspensão dos efeitos deverá ser direcionado “I - ao tribunal superior respectivo, no

¹⁴² Art. 995. Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso.

Parágrafo único. A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.

período compreendido entre a publicação da decisão de admissão do recurso e sua distribuição, [...]”. Nota-se que o próprio código estabelece que o requerimento seja feito em petição apartada, diretamente ao órgão responsável pelo julgamento do recurso. A estes últimos recursos, excepcionalmente, o tribunal *a quo* será responsável por julgar pedido de efeito suspensivo se o recurso estiver sobrestado.

Assim como a apelação, o recurso especial e o extraordinário são direcionados ao órgão *a quo* e não ao órgão *ad quem*. Portanto, pedir em caráter antecedente tem uma razão de ser, qual seja a demora para que o recurso seja encaminhado ao órgão responsável em analisar os pedidos. Por outro lado, o agravo de instrumento ou outros recursos dirigidos a mesma instância não se adaptam a essa possibilidade. Nesses casos, deve o requerimento ser feito em caráter incidental.

Importante mencionar que o recurso não deverá ser interposto apenas depois de proferida a decisão sumária, mas sim no prazo recursal determinado em lei. Percebe-se uma grande diferença com o instituto da tutela provisória prevista nos artigos 294 a 311. Enquanto que o pedido complementar será interposto após a decisão concessiva da tutela, aqui o recurso deverá ser interposto no prazo legal.

Dessa forma, entende-se possível o requerimento em caráter antecedente da tutela cautelar que tenha por finalidade suspender os efeitos da decisão impugnada em recursos. No entanto, entende-se aplicável somente àqueles casos em que o recurso é direcionado ao órgão *a quo*. Isso porque a finalidade do caráter antecedente é garantir efetividade e celeridade aos processos. Sua utilização de forma banalizada, como em hipóteses em que o recurso continuar na mesma instância, ou for interposto diretamente no órgão *ad quem*, apenas dará ao pedido antecedente conotação de processo autônomo, indo na contramão das diretrizes do CPC/15.

O agravo de instrumento, por exemplo, deverá ser interposto no prazo de 15 dias diretamente no tribunal competente para julgamento. O pedido de tutela cautelar para suspender os efeitos da decisão agravada deve ser feito imediatamente. Mesmo que o pedido seja realizado em 5 dias, a petição do agravo deverá ser interposta nos 10 subsequentes. Isso gerará desnecessariamente duas petições que serão protocoladas e remetidas em prazos muito parecidos ao mesmo relator. O pedido de efeito suspensivo ganhará caráter de ação autônoma, assim como a antiga cautelar, e não de medida eficaz. Por isso, nesses casos a tutela deverá ser requerida incidentalmente, da mesma forma que já ocorria no CPC/73.

Passa-se à análise da segunda hipótese de requerimento da tutela provisória em recurso: quando os pressupostos para concessão da tutela provisória (urgência ou evidência)

forem preenchidos somente em grau recursal ou em que fato superveniente gerar perigo de dano exigindo uma tutela de urgência. Em princípio não parece haver maiores problemas ao afirmar que não caberá requerimento de tutela provisória em caráter antecedente, uma vez que o processo já se encontra em grau recursal, no qual deverá ser feito o pedido incidentalmente. No entanto, pode acontecer de o recurso demorar a ser distribuído. Assim como para o requerimento de efeito suspensivo, entende-se aplicável o caráter antecedente naqueles casos em que o recurso for interposto no órgão *a quo*, sendo posteriormente encaminhado e distribuído no órgão *ad quem*. Se ainda pendente de distribuição do recurso, não deve ser restringida a hipótese de requerimento em caráter antecedente da tutela.

Dessa forma, a tutela requerida para suspender os efeitos da decisão em caráter antecedente somente deverá ser utilizada quando for realmente necessário pedir separadamente. Isto é, naqueles casos em que o recurso levar tempo para ser distribuído. Da mesma maneira as tutelas de urgência e de evidência que tiverem seus pressupostos preenchidos posteriormente ou quando advindo fato superveniente a ensejar sua concessão.

3.3.2 Aplicabilidade no processo de execução

O art. 318 do CPC/15 dispõe que o procedimento comum aplica-se subsidiariamente ao processo de execução. Isto é, as regras quanto às tutelas provisórias são aplicáveis ao processo de execução de forma subsidiária. Conforme autoriza o art. 799, VIII, incumbe ao exequente “pleitear, se for o caso, medidas urgentes”.

O exequente também poderá pleitear medidas urgentes (art. 799, VIII), hipótese em que o arsenal dos arts. 297 e 301 será bastante útil, mormente com relação às medidas cautelares, que visam ao asseguramento do resultado útil do processo e efetivar a averbação em registro público do ato de propositura da execução e dos atos de constrição realizados para conhecimento de terceiros (inciso IX do art. 799).¹⁴³

No processo de execução são praticados atos predominantemente executivos, “[...] atos visando à satisfação do direito suficientemente reconhecido em título executivo extrajudicial”. Muitas vezes, para garantir que sua pretensão seja satisfeita, o exequente pede medidas de urgência. O arresto e o sequestro são dois exemplos cautelares dessas medidas muito difundidas no processo de execução.

¹⁴³ BUENO, Cassio Scarpinella. op. cit., p. 597

O CPC/73 trazia tais hipóteses dentro do livro processo cautelar como cautelares típicas que possuíam procedimentos e requisitos próprios. O CPC/15 extinguiu com todas as cautelares autônomas, dispondo que os pressupostos gerais para concessão de toda e qualquer cautelar são o perigo de dano ou risco ao resultado útil ao processo e a verossimilhança das alegações. O CPC/15, ao mesmo tempo em que não prevê mais as cautelares típicas, cita no art. 301 como medidas cautelares o arresto, o sequestro, o arrolamento de bens e o registro de protesto contra alienação de bens. Trata-se, contudo, de rol exemplificativo. Para entender tais hipóteses é preciso recorrer ao CPC/73, pois o código não define o que seja cada uma delas.

O arresto é “[...] a apreensão judicial de bens para garantir uma futura execução por quantia”¹⁴⁴. No CPC/73 já era medida utilizada tanto antecedentemente quanto incidentalmente ao processo de execução. Tratava-se de cautelar autônoma. Portanto, a petição era dirigida separadamente da execução, mas a ela vinculada. Assim, a cautelar de arresto é medida que tem por finalidade bloquear bens indeterminados do devedor de forma a assegurar um crédito do credor que é ou será objeto de execução.

O sequestro “[...] caracteriza-se pela apreensão de coisa determinada e individualizada”¹⁴⁵ para garantir a futura execução. Enquanto no arresto apreende-se qualquer bem, no sequestro busca-se a apreensão de bem determinado, o bem que se apresenta como objeto da causa. Nas brilhantes lições de Ovídio A. Baptista:

Lá, no arresto, protege-se o direito de crédito, que poderá ser satisfeito com qualquer bem integrante do patrimônio do devedor; aqui no seqüestro, protege-se o bem sobre qual se litiga, de modo a conservá-lo, evitando que o mesmo seja danificado, destruído, ou para evitar que o litigante que o possui venha a ocultá-lo ou transferi-lo a terceiros, criando embaraços ao cumprimento da futura sentença.¹⁴⁶

O arrolamento de bens, também citado exemplificativamente no art. 301, é medida cautelar consistente na descrição e depósito de bens sempre que houver “fundado receio de extravio ou de dissipação de bens”¹⁴⁷. Aqui, diferentemente do sequestro, não necessariamente haverá apreensão dos bens. Por vezes, eles serão colocados em depósito com o próprio possuidor. Além disso, o arrolamento serve para conservação dos bens e não como garantia de pagamento. É medida muito usada nas ações de direito de família, como na demanda de divórcio direto quando há comunhão de bens.

¹⁴⁴ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. op. cit., p. 103

¹⁴⁵ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. op. cit., p. 103

¹⁴⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista. op. cit., p. 299

¹⁴⁷ Redação dada pelo CPC/73 ao art. 855.

O último exemplo dado pelo art. 301 é a cautelar para registro de protesto contra alienação de bens. Tal medida “[...] visa a tornar inequívoco que o autor está em desacordo com a alienação de bens de outrem, alegando ter algum tipo de direito ou preferência”¹⁴⁸. Ou seja, é a exteriorização de vontade por meio da qual o protestante tem por objetivo uma ordem judicial suspensiva de ato ou negócio jurídico.

Tanto a cautelar de protesto, como a cautelar de arrolamento de bens possuem menor utilização prática no processo de execução do que a cautelar de arresto ou de sequestro. Aliás, estas são medidas cuja finalidade principal é assegurar a devida execução, que pode estar em curso ou que em momento posterior estará. O arresto para assegurar a execução por quantia certa e o sequestro a execução para entrega de coisa. Além dessas, quaisquer outras medidas cautelares podem ser requeridas na execução, desde que preenchidos os pressupostos da cautelar, estampados no art. 300, quais sejam “probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”, bem como medidas antecipatórias.

Dessa forma, mesmo que extintas as cautelares autônomas, as medidas assecuratórias poderão ser requeridas na execução, seja na forma de arresto, sequestro ou qualquer outra, desde que preenchidos os pressupostos do art. 300. Assim, por estarem previstas dentro do livro V, Da Tutela Provisória, entende-se que tais medidas podem ser requeridas em caráter antecedente no processo de execução, da mesma forma que no processo de conhecimento. Da leitura do art. 318 extrai-se, como dito acima, que as regras do procedimento comum são aplicáveis subsidiariamente ao processo de execução. O art. 799, VIII, localizado nas disposições gerais referentes ao processo de execução, estabelece que medidas urgências podem ser pleiteadas pelo autor, se necessário. No entanto, não dispõe especificamente sobre tais medidas urgentes. Da leitura conjunta de tais dispositivos entende-se aplicável o regime geral de tutelas provisórias à execução, incluindo-se aquelas requeridas em caráter antecedente. Ademais, o arresto e o sequestro não estão no art. 301 por acaso. O legislador utilizou dessas medidas como exemplo intencionalmente, dizendo que para todo e qualquer requerimento de tutela cautelar, seja no processo de conhecimento ou no de execução, a medida cautelar reger-se-á pelas disposições gerais.

Assim, o exequente ao requerer a tutela cautelar em caráter antecedente deverá, na sua petição inicial, pedir a concessão da tutela, indicando a lide e seus fundamentos, bem como demonstrar o perigo de dano e a verossimilhança de suas alegações. Cumprida a medida cautelar deferida, deverá o exequente em trinta dias formular o pedido principal (art. 308)

¹⁴⁸ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. op. cit., p. 103

através de petição a ser apresentada nos mesmos autos, seguindo, então, o procedimento da execução respectiva (entregar coisa certa, obrigação de fazer, etc).

3.3.3 *Aplicabilidade nos procedimentos especiais*

A tutela provisória é também aplicável aos procedimentos especiais¹⁴⁹. Contudo, por vezes os procedimentos especiais possuem sua própria tutela provisória que, no que lhes concerne, exigem o preenchimento de outros pressupostos, distintos daqueles previstos nos artigos 294 a 311 do CPC/15.

Os procedimentos especiais foram desenvolvidos para adaptarem-se ao direito material objeto da lide. “Nessa linha, as técnicas processuais adaptam-se às necessidades evidenciadas pelo direito material para sua efetiva e tempestiva tutela”¹⁵⁰. Dessa forma, mesmo possuindo tutelas provisórias específicas, os procedimentos especiais poderão observar as regras do procedimento comum no que lhes couber. Assim, serão estudados aqui alguns procedimentos especiais aos quais demonstrarem ser aplicáveis as regras da tutela requerida em caráter antecedente.

Entende-se aplicável o regime das tutelas provisórias do CPC/15 à Lei do Inquilinato (Lei 8.245/91).

O regime francamente mais simples e mais amplo do Código de Processo Civil (arts. 294 e ss., do CPC) merece ser aplicado também ao regime do despejo, não havendo o que justifique sua exclusão¹⁵¹.

Esta lei contempla quatro procedimentos especiais: ação de despejo, ação de consignação de aluguel e acessórios da locação, ação revisional de aluguel e ação renovatória. Em seu art. 79 a lei do inquilinato prevê que no que for omissa, aplicam-se as disposições do Código Processual Civil. A ação de despejo, mais especificamente, autoriza a concessão em decisão liminar de medida antecipatória, de urgência ou de evidência, visando à imediata desocupação do imóvel. Marinoni e Didier Jr. defendem que a antecipação de tutela da ação

¹⁴⁹ Art. 318. Aplica-se a todas as causas o procedimento comum, salvo disposição em contrário deste Código ou de lei.

Parágrafo único. O procedimento comum aplica-se subsidiariamente aos demais procedimentos especiais e ao processo de execução.

¹⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. op. cit., p. 47

¹⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. op. cit., p. 270

de despejo deve ser regida pelo CPC/15, justamente por simplificar e trazer maior eficiência a esse procedimento. Marinoni, no entanto, faz uma ressalva:

Vale dizer que, nos casos enumerados no texto legal em questão, a concessão da antecipação de tutela não se sujeita aos requisitos gerais do art. 300 do CPC. Bastará ao interessado a demonstração da satisfação dos requisitos enunciados no art. 59, § 1º, da LL, para que ele tenha direito à tutela provisória. Afora esses casos, porém, sempre será viável a concessão da tutela provisória "genérica", cujos requisitos estão previstos nos arts. 300 e 311, do CPC em todas as suas modalidades, seja a fundada em risco de prejuízo, seja a baseada em abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório, seja ainda aquela baseada nos demais casos de pedido evidente –, desde que o interessado demonstre a satisfação dos pressupostos respectivos.¹⁵²

Assim, o autor poderá requerer antecedentemente a sua tutela provisória, a teor do art. 303 do CPC/15, mas deverá observar os requisitos da lei do inquilinato, que, para a ação de despejo, estão previstos no art. 59, § 1º. Esse é o entendimento aplicável a todos os procedimentos especiais. Nada impede que a parte pleiteie a tutela provisória com base nos pressupostos gerais, o que é cabível quando não preenchidos os requisitos específicos.

Nas ações de família, conforme dispõe o art. 695, poderá o juiz ao conhecer da inicial tomar providências referentes às tutelas provisórias requeridas. “Ações de Família” é o nome dado ao capítulo X dentro do título III “Dos Procedimentos Especiais”. Traz regras procedimentais para os pedidos contenciosos de divórcio, de separação, de reconhecimento e extinção de união estável, de guarda, de visitação e de filiação.

Como visto no item anterior, o arrolamento de bens é medida cautelar muito utilizada nas ações de família, como no divórcio, ou na dissolução de união estável, por exemplo. Arrolar significa listar os bens, tendo a medida acautelatória por objetivo preservar os bens listados, que se encontram sob a ameaça de extravio ou dissipação. Pode ser requerida por aquele que detém o direito de propriedade sobre os mesmos. Assim, o interessado pode requerer a constrição dos bens, a fim de que a situação patrimonial não mude, resguardando-se o direito à partilha dos bens do casal.

Outra medida cautelar aplicável às ações de família, antes prevista no CPC/73 no art. 888, II, é a entrega de bens de uso pessoal do cônjuge e dos filhos. Quando pai e filho não mais coabitarem, cabe ao interessado pleitear que lhe seja devolvido seu bem pessoal, ou seja, o direito de uso e gozo sobre seus pertences pessoais.

¹⁵² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. op. cit., p. 270

Ainda, referente às ações de família, têm-se a separação de corpos e afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal. Trata-se de cautelar para afastar fisicamente um dos cônjuges da morada diante de desentendimentos graves ou que coloquem em risco a integridade física e psíquica do cônjuge requerente ou de seu filho. Era medida cautelar prevista pelo art. 888, IV, do CPC/73.

A título de elucidação, esses são apenas alguns exemplos já praticados de tutelas de urgência aplicáveis às ações de família. Da leitura do art. 301 extrai-se que quaisquer outras medidas cautelares poderão ser requeridas “para assecuração do direito”. Percebe-se a importância de tal instituto processual para o direito de família, visto tratar-se de um ramo que necessita de respostas céleres às suas demandas.

Analisando conjuntamente os arts. 301, 318 e 685 entende-se que quaisquer medidas de urgência poderão ser requeridas nas ações de família. Sejam cautelares ou antecipatórias. Além disso, pode-se concluir pela possibilidade de utilização do caráter antecedente a esses procedimentos especiais. O CPC/15 acabou com as cautelares específicas. O arrolamento de bens citado acima possuía procedimento próprio, mas com a nova normativa processual deverá ser requerido como todos os demais, seja a separação de corpos, o arresto, etc. Dessa forma, sempre que se demonstrar necessária a medida de urgência deverá ser requerida nos parâmetros estabelecidos pelo livro V da parte geral. Incluindo-se aqui o caráter antecedente ou incidental. Muito bem sintetizado por Didier Jr., Braga e Oliveira:

Além disso, se o procedimento especial não tiver previsão própria para a concessão de tutela provisória, não há óbice a que se permita a concessão da tutela provisória de urgência (satisfativa ou cautelar) ou de evidência, se preenchidos os pressupostos genéricos dos arts. 303, 305 e 311, CPC.¹⁵³

Assim, entende-se aplicável o caráter antecedente aos procedimentos especiais que dele necessitarem e que a ele sejam úteis em busca da efetividade processual.

A garantia de inafastabilidade jurisdicional deve ser pensada e aplicada conjuntamente com a eficácia processual. As tutelas provisórias demonstram-se elementos substanciais para a implementação desse objetivo. O modo como foram colocadas as tutelas provisórias na nova normativa processual vêm para reforçar ainda mais essa função, a qual não deve ficar restrita ao procedimento comum. Os procedimentos especiais, apesar de suas especificidades, por vezes demonstram-se ineficientes. A eles devem ser implementadas medidas adequadas e

¹⁵³ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. op. cit., p. 576

de acordo com a ordem constitucional a fim de garantir sua utilidade especial. Dessa forma, plenamente aplicável o requerimento em caráter antecedente a esses procedimentos.

CONCLUSÃO

A necessidade de contemplar o processo, instrumento da jurisdição, de melhores condições para o desempenho de sua função de garantir justiça e conferir atuação adequada ao direito material implicou na necessidade de refletir a respeito do aprimoramento de suas técnicas. Nesse contexto, o estudo da tutela jurisdicional diferenciada, técnica que contribui para a efetividade processual, se sobressai dentre os demais.

A diretriz do novo código é a eficiência. Buscou-se com seu desenvolvimento simplificar, reduzindo a complexidade dos sistemas, bem como conferir o melhor rendimento possível a cada demanda. Nesta senda foram aperfeiçoadas as tutelas provisórias.

Tais alterações na sistemática processual não podem passar isentas de críticas. O presente trabalho partiu da ideia de que a finalidade basilar das tutelas provisórias é permitir que o jurisdicionado tenha seu direito protegido de potenciais prejuízos que se possa sofrer caso tenha que aguardar pelo provimento final. Essa proteção parte da premissa de que a espera pela entrega jurisdicional somente ao final do processo macula o próprio direito de ação.

Levando em consideração a nobre intenção do constituinte em conferir a garantia de inafastabilidade jurisdicional conjuntamente com a eficácia processual, percebe-se que as tutelas provisórias são elementos chave para a implementação desse objetivo. Dessa forma, devem ser estudadas e entendidas no sentido mais abrangente a garantir eficácia ao direito de ação.

Em comparação com os ordenamentos anteriores, o CPC/39 e o CPC/73, o legislador de 2015 conferiu maior simplicidade aos procedimentos das tutelas provisórias. Em primeiro lugar, agrupou todas no livro V da parte geral. Em segundo lugar, unificou a tutela antecipada com a tutela cautelar em tutelas de urgência. Por fim, institucionalizou a tutela da evidência, separando-a da tutela antecipada. À tutela de urgência antecipada conferiu um novo instituto: a estabilização da tutela inspirada no direito francês, com o *référé*, e no italiano, com os *provvimenti d'urgenza*. Também estabeleceu dois procedimentos para requerer as tutelas de urgência, quais sejam em caráter antecedente e em caráter incidental.

Por antecedente e incidental entende-se o momento em que será requerida a tutela de urgência em relação ao pedido da tutela final, sendo, respectivamente, antes ou conjuntamente a este pedido. O pedido antecedente possui procedimento próprio e também diferente a cada tutela de urgência. Isto é, o CPC/15 atribui um procedimento diferenciado ao pedido de tutela

antecipada antecedente e tutela cautelar antecedente. Entende-se que o legislador pecou ao diferenciar tais procedimentos, vez que aumentará a importância em ter delimitada a diferença entre cautela e antecipação. É preciso, então, permitir a ampla fungibilidade entre ambas.

Uma das inovações mais comentadas do CPC/15, a estabilização da tutela, apresenta diversas problemáticas. Primeiro porque foi dedicada apenas às tutelas antecipadas requeridas em caráter antecedente. O legislador expressamente excluiu essa possibilidade às tutelas requeridas incidentalmente, bem como às cautelares e às de evidência. Em segundo lugar em face do seu procedimento.

A estabilização serve para conferir estabilidade à decisão concessiva de uma tutela antecipada. A tutela antecipada deferida, ao ser estabilizada, conservará os seus efeitos práticos independentemente de uma decisão de cognição plena ao final do processo, isso porque o próprio processo é extinto quando a tutela é estabilizada. A estabilização dará, portanto, à provisoriedade da tutela um grau de definitividade, com eficácia e maior rapidez, pois evita-se todo o trâmite do processo.

Contudo, a tutela apenas será estabilizada quando o réu aceitar, por inação, a decisão sumária. Abre-se mão da busca pela cognição definitiva em prol da celeridade. Assim como nos sistemas francês e italiano, o interesse das partes deve ser tido como o único combustível para impulsionar o feito até a tutela final. A tutela concedida só terá seus efeitos estabilizados com a satisfação das partes no plano fático.

Numa interpretação literal do art. 304 do CPC/15, a única forma de obstar a estabilização seria com a interposição de recurso. Pensa-se, a princípio, que se o objetivo do código é trazer maior eficácia às demandas judiciais não faria sentido exigir somente o recurso, com seus custos, burocracias e prazos, para obstar a estabilização dos efeitos. A estabilização veio para evitar conflitos desnecessários quando as partes, autor e mesmo o réu, se conformam com a tutela concedida. A contestação, portanto, seria o meio suficiente e adequado que o réu tem de demonstrar sua resistência, seu inconformismo a fim de obstar a estabilização. O recurso somente deverá ser utilizado naqueles casos em que o réu queira discutir a existência dos pressupostos para a concessão da tutela antecipada.

Na estabilização, os sujeitos processuais devem decidir sobre a conveniência do prosseguimento da ação. Assim, tanto o recurso quanto a contestação ou qualquer outra forma de impugnação servem como manifestação inequívoca do réu em busca de exaurir a lide com a decisão final.

Quando obtida decisão liminar favorável ao autor, de concessão da tutela antecipada requerida, ele será intimado para aditar o pedido e o réu será citado e intimado para, querendo, impugnar a decisão. Se o réu não interpuser recurso ou outra forma de impugnação contra a decisão que concedeu a antecipação dos efeitos da tutela, ela estabilizará seus efeitos. O autor, por outro lado, se não aditar a inicial terá seu processo extinto sem resolução de mérito. Se aditar dar-se-á o prosseguimento na ação. No entanto, o CPC/15 traz que o autor será intimado para aditar a inicial em 15 dias ou outro prazo que o juiz fixar. O réu será citado para se manifestar em 15 dias.

O aditamento pelo autor será feito, muito provavelmente, como forma de prevenção, caso o réu venha a impugnar a decisão. Não significa, necessariamente, que ele tenha a intenção de dar continuidade à ação. Neste caso, poderá o juiz, em atenção ao dever de consulta das partes (art. 10), intimar a parte autora para manifestar seu desejo pela continuidade da ação ou pela estabilização da decisão sumária e consequente extinção do processo. Se por outro lado o autor não aditar o processo não deverá ser extinto com a revogação da decisão, eis que a estabilização é um benefício do qual pretende usufruir. Assim, as condutas do autor não devem influenciar a estabilização. Isso porque a tutela deverá ser estabilizada, ou não, dependendo única e exclusivamente da atitude do réu.

A ideia desta modalidade de tutela e, mais especificamente, da estabilização de tutela é que a eficácia da decisão permaneça mesmo depois de extinto o processo. Apesar de executiva e eficaz, no entanto, não poderia operar a coisa julgada material, que a tornaria imutável e indiscutível. Assim, em virtude de previsão expressa do CPC/15. A opção do legislador é óbvia, pois não poderia atribuir mesma categoria processual a um pronunciamento sumário e a outro exauriente. Muitos têm se perguntando quanto à segurança jurídica dessa decisão.

A sensação de insegurança dos juristas em face da ausência de coisa julgada em muito se deve às premissas epistemológicas desenvolvidas conjuntamente ao processo civil de que as formas de cognição sumária, e a desconfiança da probabilidade na qual foi firmada, seria afastada por uma cognição exauriente, permeada de certeza e verdade. O CPC/15 veio então na contramão desse sentimento de insegurança para demonstrar que a efetividade, por vezes, tem maior relevância prática do que a coisa julgada. Em muitas circunstâncias simplificar o procedimento pode significar satisfação fática.

Os efeitos da tutela estabilizada ficam conservados enquanto não houver nova ação para revisá-los, reformá-los ou invalidá-los. O direito a essa nova ação extingue-se após dois

anos da ciência da decisão que extinguiu o processo. Passado esse prazo de dois anos, entende-se que mesmo assim a cognição sumária não poderia ser acobertada por coisa julgada. Assim, não caberia ação rescisória contra a decisão sumária estabilizada, mas seria possível a propositura de uma ação destinada a debater o mérito dentro do prazo decadencial ou prescricional do direito material.

A norma processual não restringe a possibilidade de discussão do mérito, mesmo que passados os 2 anos, mas tão somente de discussão da tutela estabilizada. Isso porque o código estabelece que a decisão que concedeu a tutela poderá ser revisada, reformada ou invalidada por uma nova ação, referindo-se tão somente à decisão concessiva da tutela e não ao direito material. Dessa forma, qualquer ação que queira discutir o direito material deverá observar o seu prazo decadencial ou prescricional.

É preciso interpretar a estabilização da tutela de maneira a assegurar a sua máxima eficácia, não podendo esvair seu objetivo. De nada adiantará o esforço doutrinário e legislativo se os aplicadores da norma continuarem perquirindo o mito da segurança jurídica através da coisa julgada, que viria após dilação probatória, sentença, recursos e assim por diante. Na estabilização as partes contentam-se com o resultado fático. As partes, sujeitos processuais aos quais cinge-se o direito têm a autonomia em dar continuidade com o processo ou não.

Nesse sentido, a estabilização de tutela deve ser medida aplicável também ao pedido incidental e à tutela da evidência. Na tutela cautelar não há motivos para essa aplicação, uma vez que possui técnica conservativa, a qual presume uma providência protetiva e temporária, incompatível com a estabilização. Na tutela antecipada ou na tutela da evidência, antecedente ou incidental, não há maiores motivos para restringir essa possibilidade.

Também sob as diretrizes de eficiência na entrega jurisdicional, o procedimento em caráter antecedente deve ser aplicável aos pedidos de tutela da evidência. A tutela da evidência trata-se, pois, de uma antecipação dos efeitos da tutela baseada na evidência do direito. Difere-se da tutela antecipada, pois não tem a urgência como pressuposto para sua concessão.

A tutela da evidência visa proteger direitos evidentes, aqueles cuja prova dos fatos torna praticamente certo o seu provimento. É medida prevista no processo civil brasileiro a fim de evitar os danos marginais decorrentes da demora processual. Isto é, o simples fato de o direito pleiteado ter de percorrer um longo caminho, por meio de inúmeros atos processuais, demorando anos para obter satisfação, já configura um dano, quase sempre inevitável. O

aplicador do direito, tendo conhecimento disso, deve primar pelo bom desenvolvimento do processo, ou seja, pela efetividade.

São quatro as hipóteses de concessão da tutela da evidência. Duas delas dependem das atitudes do réu para configurar a evidência e as outras duas independem. Nestas últimas o legislador conferiu a possibilidade de concessão liminar, ou seja, *inaudita altera pars*. São elas: quando as alegações de fato puderem ser comprovadas documentalmente e houver tese firmada em precedente obrigatório; e quando tratar-se de pedido reipersecutório com prova documental do contrato de depósito. Dessa forma, entende-se possível a utilização do caráter antecedente a estas duas hipóteses, devendo o autor seguir o rito determinado às tutelas antecipadas, por ter a mesma natureza antecipatória.

Também entende-se legítimo o requerimento em caráter antecedente das tutelas provisórias para além do processo de conhecimento.

Nos recursos fica fácil sua visualização quando tratar-se de requerimento de efeito suspensivo. O próprio código tratou de estabelecer que o efeito suspensivo poderá ser requerido diretamente ao órgão *ad quem* quando o recurso pender de distribuição. Ou seja, naqueles casos em que a peça recursal for interposta no órgão *a quo* o pedido de tutela poderá ser requerido no órgão *ad quem* com a finalidade de suspender os efeitos da decisão impugnada, devido à demora na distribuição e à urgência em suspender os efeitos.

De igual modo devem ser entendidos aqueles casos em que os pressupostos para concessão da tutela forem preenchidos somente em grau recursal ou então quando surgir fato superveniente a ensejar a sua concessão. Se o recurso estiver pendente de distribuição poderá a parte solicitar a tutela provisória diretamente no órgão *ad quem* se exaurida a discussão na primeira instância. Deve-se tomar cuidado, contudo, ao prazo. O caráter antecedente aqui será com relação ao recurso. Dessa forma, o prazo recursal deverá sempre ser observado.

O CPC/15, em seu primeiro artigo da parte especial, estabelece que as disposições referentes ao procedimento comum aplicam-se subsidiariamente ao processo de execução e aos procedimentos especiais. Portanto, as disposições quanto às tutelas provisórias são também aplicáveis a esses procedimentos quando não forem expressamente vedadas.

Nas disposições referentes ao processo de execução o legislador deixou claro que tutelas de urgência poderão ser requeridas, não estabelecendo quais nem de que forma. Assim, entende-se pela remissão às disposições gerais.

A tutela provisória é também aplicável aos procedimentos especiais. Contudo, por vezes os procedimentos especiais possuem sua própria tutela provisória que, no que lhes

concerne, exigem o preenchimento de outros pressupostos, distintos daqueles previstos na parte geral. Os procedimentos especiais foram desenvolvidos para adaptarem-se ao direito material objeto da lide. Suas técnicas processuais são adaptadas às necessidades do direito material que os envolve. Dessa forma, mesmo possuindo tutelas provisórias específicas, os procedimentos especiais poderão observar as regras do procedimento comum no que lhes couber. Nas ações de família, por exemplo, reguladas dentre os procedimentos especiais, o legislador conferiu poder ao juiz de conceder as tutelas provisórias requeridas. Sabe-se da importância de tal instituto processual para o direito de família, visto tratar-se de um ramo que necessita de respostas céleres às suas demandas.

No âmbito do direito de família torna-se imperioso o uso das tutelas provisórias em face de sua complexidade e importância. As ações de família são apenas um exemplo dentre vários outros procedimentos especiais nos quais a tutela provisória poderá ser requerida em caráter antecedente.

O objetivo do presente trabalho foi, primeiramente, demonstrar a evolução constante do processo para, ao fim, conferir uma interpretação extensiva da norma a fim de alcançar eficiência na entrega jurisdicional do direito material. De fato, as alterações trazidas pelo CPC/15 são capazes de proporcionar maior efetivação do processo. Tais alterações, no entanto, foram singelas, mas suficientes para permitir aos aplicadores do direito sua utilização de forma adaptável em diversos âmbitos. O assunto aqui debatido é novo. Está distante de ser pacífico. A prática dirá, com o tempo, o que deu certo, o que será de fato útil e eficaz. Por enquanto, cabe aos intérpretes buscar a máxima eficácia possível dos institutos.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**, v. I, 13. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BARROS, Antero Paes de. **Exposição de Motivos do Projeto de Lei do Senado n. 186, de 2005**. Disponível em:

<<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=43921&tp=1>> Acesso em: 30 maio 2016.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela **cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência: (tentativa de sistematização). 4. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONAGURA, Anna P. de Souza. Uma visão geral da tutela da evidência no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord. geral). **Tutela provisória**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2016. p. 393-402.

BRASIL. Senado Federal. Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. **Código de processo civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

_____. Senado Federal. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei 186, de 2005**. Modifica os §§ 4º e 5º do art. 273, e acrescenta os arts. 273-A, 273-B, 273-C e 273-D à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), para permitir a estabilização da tutela antecipada. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/5724.pdf>. Acesso em: 30 maio 2016.

_____. Senado Federal. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Lições de Processo civil**: volume I. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. Estabilização da tutela antecipada antecedente: tentativa de sistematização. In: DIDIER JÚNIOR., Fredie (coord. geral). **Tutela provisória**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015. p. 195-222.

CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; MELLO, Rogerio Licastro Torres de; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**, v. II. 7. ed. ver. atual. a. Salvador: Editora JusPODIVM, 2012.

_____. **Curso de direito processual civil**, v. II. 10. ed. rev., ampl., e atual. Salvador: JusPODIVM, 2015.

DIDIER JÚNIOR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Tutela provisória de evidência. In: DIDIER JÚNIOR., Fredie (coord. geral). **Tutela provisória**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2016. p. 413-432.

FUX, Luiz. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Exposição de motivos do anteprojeto de código de processo civil de 2015**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

_____. **A tutela dos direitos evidentes**. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, n. 16, 2000, p. 23-42.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Tutela Jurisdicional diferenciada**: a antecipação e sua estabilização. Revista de Processo, São Paulo, v. 121, n. 186, mar. 2005, p. 11-37.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de; SOUZA JR, Antônio C. F. de; ALVES, Luciana Dubeux Beltrão. Breves considerações sobre a tutela da evidência no CPC/15. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord. geral). **Tutela provisória**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2016. p. 433-446.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; MIRANDA, Gabriela Expósito Tenório. Estabilização da tutela antecipada antecedente: tentativa de sistematização. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord. geral). **Tutela provisória**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2016. p. 71-86.

LAMY, Eduardo de Avelar. **Flexibilização da tutela de urgência**: a redução da forma na utilização das técnicas cautelar e antecipatória. Curitiba: Juruá, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: v. 2 - tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 10. ed. rev. atual. a. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/73. 2 ed. ebook baseada na 3 ed. da obra Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**: tomo VI. 7. v. Campinas: Bookseller, 1998.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. (coord. geral), **Tutela provisória**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015. p. 279-302.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela provisória**: tutela de urgência e tutela da evidência: do CPC/1973 ao CPC/2015. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. (Coleção Liebman / coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier e Eduardo Talamini).

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Tutela cautelar no novo CPC. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord. geral). **Tutela provisória**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2016. p. 303-318.

SARNEY, José. **Exposição de motivos do anteprojeto de código de processo civil de 2015**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada 'estabilização da tutela antecipada'. In: DIDIER JÚNIOR., Fredie (coord. geral). **Tutela provisória**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015. p. 343-364.

SILVA, Ovídio A. Baptista. **Do processo cautelar**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda, 2010.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: volume 1 - teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997.